



Faculdade de Direito

Contratação Pública

Pelo olhar de um *Processor*

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Direito Administrativo e Administração Pública

Mariana Lima Neumann Gonçalves

Lisboa, 2019

Faculdade de Direito

Contratação Pública

Pelo olhar de um *Processor*

Relatório de Estágio apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito e Prática Jurídica conducente ao grau de Mestre, realizado sob a orientação do Professor Doutor João Miranda e da Doutora Rita Branquinho Lobo.

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Direito Administrativo e Administração Pública

Mariana Lima Neumann Gonçalves

Lisboa, 2019

*Aos meus Pais,
os meus pilares.*

Toda opinião é uma tese, e o mundo, à falta de verdades, está cheio de opiniões. Mas a cada opinião compete uma contra-opinião, seja crítica da primeira, seja complemento dela. Na realidade do pensamento humano, essencialmente flutuante e incerto, tanto a opinião primária, como a que lhe é oposta, são em si mesmas instáveis; não há síntese, pois, nas coisas da certeza, senão tese e antítese apenas. Só os Deuses, talvez, poderão sintetizar.

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente Relatório procura analisar, de um ponto de vista jurídico, contudo também prático, o tema da contratação pública. Ou seja, desenvolver este tema não de um ponto de vista doutrinário, mas sim, aplicado a um caso concreto.

Deste modo, apresentamos uma aplicação prática do Código dos Contratos Públicos, da sua disciplina, dos seus procedimentos e dos seus trâmites, já que foi precisamente o estágio, no âmbito do Mestrado em Direito e Prática Jurídica, Direito Administrativo e Administração Pública, que nos deu a oportunidade de por em prática o outrora aprendido.

E foi efectivamente, da aplicação do Código a um caso concreto, que nasceu o tema desenvolvido ao longo deste Relatório. Os vários ramos do Direito não são, contudo, estanques. Andam de mãos dadas e interligam-se das mais diversas formas.

Tivemos a prova disso durante o caminho procedimental conducente ao contrato de aquisição de serviços, objecto de foco no presente Relatório que aqui se pretende resumir. A dada altura, o tão importante como também em voga e atual Regulamento de Protecção de Dados, impôs-se no campo da contratação pública.

E foi assim, com os olhos na constante interligação ente a contratação pública e a temática da protecção de dados, que procurámos refletir em torno da análise a um contrato de aquisição de serviços celebrado entre a DGEEC e a Novabase, para implementação do *software*, bem como a correspondente aquisição de serviços de formação para a capacitação da aplicação E360.

Partimos do estudo do “novo” Código dos Contratos Públicos (CCP), onde procurámos destacar de uma forma concisa e sintética, as principais alterações ao CCP, verificadas com esta última revisão, para examinar os princípios jurídicos gerais que norteiam a formação dos contratos públicos.

Após estes dois pontos, focámos a nossa análise na tramitação procedimental referente ao já mencionado contrato de aquisição de serviços.

Desta “história” procedimental, dois pontos se destacam:

- O procedimento de ajuste directo, onde procurámos apresentar a contraposição de regimes, face ao “novo” procedimento de consulta prévia.
- A análise mais detalhada ao número 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos, que o legislador aquando da última revisão ao referido Código, alterou relativamente ao regime da escolha das entidades a convidar.

Desta análise, mais particularmente centrada no contrato e nas matérias da contratação pública, resultou a necessidade de abordar directamente o Regulamento Geral de Protecção de Dados.

Nos pontos seguintes procurámos esclarecer a *quem* e *quando* se aplica este Regulamento, assim como delimitar o que são efectivamente dados pessoais, não descurando, os dados sensíveis. Passámos pela licitude do seu tratamento em confronto ou em contraponto, com os direitos dos titulares.

No âmbito deste tão dinâmico mundo da protecção de dados e do seu tratamento, resulta bem patente a existência das figuras do *controller* e do *processor*. E é, precisamente, no ponto seguinte que pretendemos esclarecer quem são, o que fazem, quais as suas obrigações e quais as suas responsabilidades.

Em seguida analisámos o acordo de protecção de dados estabelecido e acordado entre a DGEEC – entidade adjudicante e *controller* – e a Novabase – adjudicatária e *processor*. Em linha com o *supra* referido, focamo-nos em certas temáticas trazidas à luz do dia aquando da análise do dito acordo.

Aventurámo-nos por fim, a passar do macro para o micro sistema, ou seja, do contrato que efectivou o desenvolvimento do E360, para aqueles que irão certamente utilizá-lo, fazendo um levantamento de uma série de áreas de potencial conflito e algumas recomendações do que julgamos ser, necessariamente, a resposta da Administração Pública e neste caso, da Escola.

Palavras-chave: Contratação pública; aquisição de serviços; ajuste directo; Regulamento Geral de Protecção de Dados; *processor*.

ABSTRACT

This report attempts to analyse not only from a legal point of view, but also practical, the topic of public recruitment. That is, to develop this topic not from a doctrinaire viewpoint, but rather, applied to a specific case.

In this way a practical application of the Public Procurement Code, its discipline, its procedures and its formalities, are presented. It was due to the knowledge gained during the internship in Law and Legal Practice, Administrative Law and Public Administration that gave us the opportunity to put into practice what was previously acquired.

And it was precisely due to the application of the Legal Code to a specific case that gave rise to the study developed in the following study. The various branches of law are intertwined in a wide range of ways.

This was proven throughout the steps taken to achieve the legal recruitment procedures, under study in the present study hereby summarized. At one point the current and very important General Data Protection Regulation has taken a leading position the field of public recruitment.

It was in the light of the previous mentioned connection that we analyse a public recruitment contract between DGEEC and Novabase to implement software as well as the corresponding purchase of training services for the training of E360 application.

As a starting point we studied the “new” Public Procurement Code (CCP), where we have tried to highlight in a concise and synthetic way, the main amendments to the CCP scanned with this latest revision, to examine the general legal principles that guide the public formation.

This has led us to two main topics:

- The direct recruitment procedure, where we have tried to present the contrast of schemes against the "new" procedure of prior consultation.

- More detailed analysis of number 2, article 113 of the Public Procurement Code, which the legislator at the time of the last revision to the said code, amended in relation to the regime of the choice of entities to invite.

In the light of this analyses focused on contract and on matters of public recruitment, resulted the need to address directly the General Data Protection Regulation.

In the following points we have tried to clarify to whom and when this Regulation is applied, as well as define what personal data are and taking also into account the so-called sensible data. We passed the lawfulness (legality) of its treatment in confrontation or in counterpoint, with the rights of the holders.

Within this dynamic world of data protection and its treatment, we have found the existence of the figures of the controller and the processor. And it is precisely in the following point we wish to make it clear who they are, what they do, what their obligations and their responsibilities.

Lastly we looked at the data protection agreement established and agreed between the contracting entity - DGECC – the controller – and Novabase –the awarding entity and processor. In accordance with the above, we have focused on certain topics brought to light during the examination of the said agreement.

Finally, we ventured to go from the macro to the micro system, i.e. the contract that made the E360 development for those who will certainly use it, making a survey of a number of areas of potential conflict and some recommendations that we consider to be the necessary answer from the public administration and in this case, from the school.

Keywords: Public recruitment; provision of services; direct adjustment; General Data Protection Regulation; processor.

ÍNDICE

Introdução	10
I. A contratação pública do ponto de vista de um <i>Processor</i> e o correspondente contrato.....	14
II. O Código dos Contratos Públicos.....	16
III. Princípios jurídicos gerais em matéria de formação dos contratos públicos.....	21
IV. Análise da tramitação procedimental referente ao contrato de aquisição de serviços celebrado entre a Novabase e a DGEEC.....	24
V. Ajuste Directo vs. Consulta Prévia.....	29
VI. O novo número 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos	34
VII. O Regime do Regulamento Geral de Protecção de Dados	39
a) A quem e quando se aplica o RGPD	41
b) Princípios relativos ao tratamento de dados	43
c) O que são dados pessoais.....	48
d) A questão dos dados sensíveis.....	49
e) O tratamento de dados e a sua licitude.....	50
f) O responsável pelo tratamento e o sub-contratante	54
g) Os direitos dos titulares dos dados pessoais	57
VIII. O RGPD e o Acordo de protecção de dados	63
IX. Do <i>processor</i> do E360 ao <i>controller</i>	74
Conclusão	81
Bibliografia	84
Anexo I.....	86
Anexo II	89
Anexo III.....	94

Introdução

O presente Relatório de Estágio de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, Direito Administrativo e Administração Pública, realizou-se na empresa Novabase¹, sede em Lisboa, mais concretamente no seu Departamento Jurídico – *Legal*, na terminologia aí utilizada.

Do trabalho desenvolvido e das circunstâncias em que decorreu, durante os últimos seis (6) meses, resultou a conjugação complementar entre a área de contratação pública e a de protecção de dados que agora se apresenta.

Esta ligação, de cujo alcance não tínhamos inicialmente consciência, foi ganhando forma e na sua direcção se orientou e dirigiu o presente Relatório, com maior impulso e mais decisivamente quando a Novabase firmou com a Direcção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência (DGEEC) do Ministério da Educação e da Ciência (MEC). Este contrato resulta da decisão do MEC de integrar numa única plataforma a que se deu o sugestivo nome de E360, os dados produzidos, tratados, recolhidos, analisados e até agora dispersos por uma série de diferentes bases de dados e plataformas, procurando desta forma explícita e consciente, para além de uma maior centralidade e eficácia, uma maior capacidade de gestão e de protecção desses mesmos dados que quer salvaguardar e proteger.

Esta necessidade e esta preocupação está bem patente no contrato firmado e nas exigências de desenvolvimento técnico, tendo o Departamento de *Legal* da Novabase estado envolvido, desde o início, no procedimento conducente à minuta do contrato. Envolvimento esse, com grande ênfase, precisamente no que à protecção de dados diz respeito.

Começava a desenhar-se a estrutura deste Relatório, em breve tornado público e avaliado. De entre algum mérito que possa ter, gostaríamos de lhe ver reconhecida a capacidade de compreender, explicitar e, de algum modo, balizar, o alcance do

¹ A Novabase surge em 1989 como *software-house*, especialista no desenvolvimento de soluções à medida.

“A visão da Novabase é tornar a vida das pessoas e das empresas mais simples e mais feliz, através da utilização da tecnologia. À engenharia e à gestão junta as ciências humanas e o design para criar soluções centradas nas pessoas.” Vide <http://www.novabase.pt/pt>.

Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), bem como as exigências e os riscos que claramente evidencia e realça em relação à Administração Pública e concretamente em relação a uma das principais funções do Estado, a Educação e a Formação das suas mais jovens gerações de cidadãos e mesmo dos cidadãos em geral, que tem o dever de proteger.

Resultou evidente essa preocupação da parte do MEC, na relação contratual e nas exigências que definiu para a empresa Novabase e para o desenvolvimento do seu produto que, sem algum receio de errar, podemos apelidar de Plataforma de Administração e de Gestão Escolar.

Tratámos deste modo de analisar o Código dos Contratos Públicos e princípios jurídicos gerais em matéria da sua formação, para em seguida nos focarmos na tramitação procedimental referente ao contrato de aquisição de serviços celebrado entre a DGEEC e a Novabase e a que já nos referimos.

Desta análise mais particularmente centrada neste contrato específico, resultou de um modo natural a necessidade de abordar directamente o RGPD, procurando dessa forma esclarecer nesses esforço, a quem e quando este se aplica, assim como delimitar o mais claramente possível, o que são efectivamente dados pessoais, dados sensíveis e, naturalmente, a licitude do seu tratamento em confronto ou em contraponto, com os direitos dos titulares.

Deste modo nos fomos, fruto das circunstâncias do Estágio, mas também de forma cada dia mais consciente, intencional e natural, aproximando da Escola, como área de potencial risco que importa hoje identificar e mitigar, no duplo respeito por aquilo que terá de ser sempre entendido como fundamental e inalienável para a desejável eficácia do Estado na sua tomada de decisão informada, e os direitos dos cidadãos que o compõem.

Sabemos que quando o RGPD, relativamente à protecção de pessoas singulares, e em concreto, no que concerne à livre circulação desses dados, entrou em vigor em 25 Maio 2018, veio colocar novos desafios às organizações e que o fez como o resultado de um crescente nível de ameaça a essa protecção, face à proliferação da utilização de novas tecnologias de informação e de comunicação.

A partir desta data tornou-se claro que deve, cada organismo da Administração Pública, avaliar o impacto desse Regulamento nos seus procedimentos e no modo como respeita a protecção de dados pessoais, já que o mesmo consagra um reforço da protecção jurídica dos titulares de dados pessoais.

Concomitantemente, a Comissão Nacional de Protecção de Dados, constitui-se como entidade reguladora que, genericamente, tem a atribuição de fiscalizar e controlar a circulação e o tratamento dos dados pessoais que mais fortemente se pretendem defender ou salvaguardar, constituindo-se para o efeito na Autoridade Nacional de Controlo de Dados Pessoais, enunciando para os mais diversos domínios, os princípios, as deliberações e as directrizes aplicáveis a essa protecção.

Face à contínua evolução tecnológica a que se assiste, como por exemplo na *Inteligência Artificial, Internet das Coisas, Biometria, Redes Sociais, Websites*, torna-se evidente a necessidade de um esforço sério e sistemático de avaliação, e de capacidade de ajustamento de procedimentos às novas condições que garantam que os cidadãos por um lado, e simultaneamente, tenham acesso aos dados que lhe digam respeito, compreendam, conheçam e deem consentimento à finalidade a que se destina a sua compilação, manual ou digital e por outro, vejam garantida a sua protecção.

À lei cabe definir as condições aplicáveis.

O Estado, a Administração Pública, a Escola, terá sempre a necessidade de compilar, aceder, gerir informação relativa a pessoas singulares e seus dados pessoais, mais ou menos sensíveis, pelo que o direito à protecção desses dados não será em nosso entender, nunca ou cada vez menos um absoluto, devendo ser observado face à função que cada um ocupa na sociedade e temperado com outros direitos fundamentais.

Decididamente será necessário encontrar o ponto de equilíbrio entre a salvaguarda do direito do cidadão à sua privacidade, a garantia da não utilização indevida dos seus dados pessoais, a segurança e a protecção desses dados, e a necessidade de garantir a eficácia do próprio Estado que passará inevitavelmente pelo acesso a dados, por vezes necessariamente pessoais, e pelo controlo de conhecimento e informação que garanta a tomada das melhores decisões.

Aqui fica este nosso esforço de análise e a tentativa de tornar evidentes um conjunto de ameaças com que a Escola terá de se preocupar, arriscando uma série de recomendações para uma Administração e Gestão equilibrada, justa e eficiente da Escola e nomeadamente da Escola Pública.

Conscientes de que um ideal de perfeição não é, por definição, alcançável, sob o risco de deixar de ser ideal, procurámos um justo meio, absolutamente convictos de que, caberá à lei e ao legislador, definir as condições aplicáveis, gerir as relações e mitigar as tensões que sempre terão lugar na sociedade do Homem.

I. A contratação pública do ponto de vista de um *Processor* e o correspondente contrato

O tema central do presente Relatório resulta da análise de um contrato de aquisição de serviços celebrado entre a Direcção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência (doravante simplesmente DGEEC) e a Novabase que trataremos como *processor*.

Antes demais, o que é um *processor*?

Um *processor* (também intitulado de sub-contratante) é uma pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento destes.

Ora, a Novabase é, neste caso, precisamente um *processor* na relação contratual estabelecida com a DGEEC, através de um contrato de aquisição de serviços que procuraremos explicitar no decurso deste Relatório.

E, porque é a Novabase um *Processor*?

Porque acede e procede ao tratamento dos dados pessoais² necessários à prestação dos serviços objecto do contrato e exclusivamente para esse fim, na medida, por conta e de acordo com as instruções da DGEEC e nos termos da legislação aplicável à protecção de dados pessoais.³

O objecto desta prestação de serviços é a integração do Escola 360⁴ (doravante E360) com outros sistemas internos às escolas, Ministério da Educação e outras áreas governativas.

Para a concretização deste, permitam-nos a expressão, sistema central, que proporciona um conjunto de funcionalidades que irão permitir simplificar e automatizar uma grande parte das tarefas administrativas que os professores

² A temática da protecção de dados e o recente Regulamento Geral sobre Protecção de Dados serão objecto de uma análise detalhada *infra*.

³ Vide cláusula 6.ª do Caderno de Encargos referente aos dados pessoais, presente no Anexo I.

⁴ O E360 corresponde a uma aplicação digital do Ministério da Educação que tem como objectivo primordial centralizar os processos de gestão do aluno, desde a educação pré-escolar ao ensino secundário.

realizam na sua vida escolar, bem como centralizar, proteger e preservar o necessário tratamento de dados, foi necessário recorrer à aquisição de serviços de implementação do *software*, bem como, à aquisição de serviços⁵ de formação para a capacitação da aplicação E360.

E é precisamente aqui, com a externalização⁶, através dos mecanismos e trâmites da contratação pública, da vontade da entidade adjudicante (DGEEC) de desenvolver e capacitar formadores para o E360, que “entra” a Novabase como adjudicatária e como *processor*.

Adjudicatária, porque a aquisição dos mencionados serviços foi-lhe adjudicada. *Processor*, porque para o cumprimento do objecto contratual tem, necessariamente, de ter acesso à base de dados de produção – aos dados pessoais de alunos, professores e encarregados de educação.

⁵ Contrato presente no anexo III.

⁶ Cfr. Convite ínsito no anexo II.

II. O Código dos Contratos Públicos

O presente Relatório incide, de forma evidente, em diversos pontos e questões relacionados com a contratação pública que, como é sabido, é em grande parte regulada pelo Código dos Contratos Públicos⁷ (doravante CCP).

Ora, o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, publicado no dia 31 de Agosto e que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2018, veio alterar CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Directivas 2014/23, 2014/24 e 2014/25, de 26 de Fevereiro de 2014, relativas, respectivamente, à adjudicação de contratos de concessão, aos contratos públicos e aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, transpondo ainda a Directiva 2014/55, de 16 de Abril de 2014, relativa à facturação electrónica nos contratos públicos.

Para além do cumprimento das obrigações derivadas do direito da UE, as inovações introduzidas ao Código tiveram como objectivo central a simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos, com vista ao aumento da eficiência da despesa pública e à promoção de um melhor e mais fácil acesso àqueles contratos por parte dos operadores económicos.⁸

⁷ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis.

⁸ Contudo, “Entrando na apreciação geral da revisão do CCP (...) ela não conduziu à elaboração de um novo Código. O CCP é o mesmo, tem, no essencial, a mesma estrutura e obedece à mesma filosofia.” Para mais desenvolvimentos cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª ed, Lisboa, 2018, p. 21.

Também perfilha do mesmo entendimento, MARIA JOÃO ESTORNIHO, Apreciação crítica à alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos, *Contratação Pública*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 13 e ss. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublica2018.pdf. “A meu ver, com grande pena e antecipando já um juízo global, esta revisão do CCP, em 2017, representa uma oportunidade perdida de, em termos globais, melhorar o enquadramento legal da contratação pública. Pelo contrário, antes contribui para agravar muitas das disfunções da versão de 2008 do Código dos Contratos Públicos, em matérias cruciais relativamente às quais se exigiriam soluções claras e acertadas.” Dando como exemplro, nomeadamente, “as alterações ao Artigo 1º e ao Artigo 280º são incompreensíveis e perniciosas: onde havia contratos administrativos, contratação pública, contratos públicos, passam agora a coexistir todas essas categorias - que o legislador mantém intactas -, com uma nova categoria, a das relações jurídicas contratuais

Comecemos por destacar de uma forma concisa e sintética as principais alterações ao CCP, verificadas com esta última revisão.

Prima facie, deparamo-nos com o alargamento das situações em que se aplica o regime da contratação pública, estabelecido na parte II do CCP, tendo-se assistido a um aumento do número das entidades adjudicantes referidas no número 1 do artigo 2.º.

Salientamos também a aplicação da Parte II, à generalidade dos contratos de alienação de bens móveis e de prestação de serviços por entidades públicas, bem como, o alargamento das categorias de contratos, celebrados entre contraentes públicos, abrangidas pela Parte II do CCP.

Por outro lado, aumentou-se o leque de contratos aos quais não é aplicável o CCP, e inclusive, no que à contratação excluída⁹ diz respeito. Na mesma linha de raciocínio, foram densificados determinados requisitos de contratação *in-house*, tendo vindo a consagrar-se a proibição de participação de capital privado na entidade controlada.

A revisão ao CCP veio, contudo, permitir a aplicação da parte III do CCP à execução dos contratos inter-administrativos e instituir o dever das entidades adjudicantes fiscalizarem a actuação dos co-contratantes na formação e execução dos contratos públicos.

Acrescentaram-se impedimentos à apresentação de propostas ou candidaturas¹⁰ e o acesso às peças do procedimento passa, a ser universal com a disponibilização electrónica das peças do concurso.

O novo procedimento de parceria para a inovação vem acompanhado da divisão do anterior ajuste directo em dois procedimentos¹¹.

administrativas previstas no Artigo 280º, à qual correspondem especificidades de regime jurídico em sede de execução dos contratos.”

⁹ A saber, contratos secretos, contratos relativos a determinadas formas de cooperação entre entidades públicas, contratos para a prestação de serviços de compras centralizadas e contratos de aquisição de serviços de investigação e desenvolvimento.

¹⁰ Nomeadamente, a verificação de uma situação de conflito de interesses ou a má execução de contratos anteriores.

¹¹ O ajusto directo e o novo procedimento de consulta prévia serão alvo de um estudo mais detalhado mais à frente no nosso trabalho.

O procedimento de concurso público urgente pode aplicar-se, doravante, às empreitadas de obras públicas, mas apenas se o valor dos contratos a celebrar não exceder EUR 300.000. Quanto aos contratos públicos de locação, de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, o seu valor não pode exceder EUR 155.000, quando adjudicados pelo Estado e EUR 209.000, quando adjudicados por outras entidades.

Passa a estar prevista a formalidade da consulta preliminar ao mercado e, destacamos também, a obrigatoriedade de fundamentação da decisão de contratar pelo órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar.

Foi alterada a redacção do artigo respeitante ao preço base, passando as eventuais renovações do contrato a ter de ser consideradas no cálculo do montante máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar.

Foi modificado o critério para a fixação do preço anormalmente baixo, eliminando-se a sua indexação ao preço base, podendo as entidades adjudicantes definir no programa de concurso ou no convite, as situações em que o preço ou o custo de uma proposta é considerado anormalmente baixo.

Impende agora sobre o júri o dever de solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, devendo também proceder à rectificação oficiosa de erros de escrita ou de cálculo contidos nas candidaturas ou proposta. A identificação de erros e omissões apresenta-se logo no primeiro terço do prazo fixado para a apresentação das propostas.

Saliente-se a alteração ao critério de adjudicação, tendo o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante passado a ser o critério-regra de adjudicação¹².

¹² A proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante é determinada por uma das seguintes modalidades:

(i) Melhor relação qualidade-preço. Em casos devidamente fundamentados, a entidade adjudicante pode optar por não submeter à concorrência o preço ou o custo, caso em que se estabelece obrigatoriamente um preço fixo ou um preço máximo no caderno de encargos

(ii) Avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar. Constata-se que continua a ser possível adjudicar pelo preço ou custo mais baixo, mas, apenas

Deu-se prevalência à adjudicação por lotes e os contratos públicos ganharam uma vertente de instrumento de políticas sociais.

Introduziu-se a noção de trabalhos ou serviços complementares, que passa a abranger os “trabalhos a mais” e os “trabalhos de suprimento de erros e omissões”.

Nos casos de consulta prévia ou de concurso público urgente, o órgão competente para a decisão de contratar pode decidir que os procedimentos sejam conduzidos pelos serviços da entidade adjudicante, tal como acontece no ajuste directo.

Destacamos a criação da figura do gestor do contrato, com a função de acompanhar permanentemente a execução do contrato e passa a ser obrigatória a emissão da fatura eletrónica pelos co-contratantes.

O regime do acordo-quadro sofreu algumas alterações. As entidades adjudicantes abrangidas por sistemas de compra vinculada ao abrigo deste tipo de acordo ficam excepcionadas dessa vinculação caso demonstrem que a utilização do acordo-quadro levaria ao pagamento de um preço, por unidade de medida, pelo menos, 10% superior ao preço demonstrado pela entidade adjudicante para objeto com as mesmas características e nível de qualidade¹³.

Foi alterado o regime da caução, designadamente, no que tange os casos de isenção - que foram aumentados- a modificação do seu valor e o alargamento do prazo da sua liberação.

Passou a prever-se o pagamento directo ao sub-contratado, podendo reclamar junto do contraente público, os pagamentos em atraso que lhe sejam devidos pelo co-contratante, exercendo o contraente público o direito de retenção sobre as quantias do mesmo montante devidas ao co-contratante por força do contrato principal e assistiu-se a alterações aos limites da modificação objectiva dos contratos.

quando as peças do procedimento definam todos os restantes elementos da execução do contrato a celebrar.

¹³ Permite-se com esta nova revisão a adesão de novas entidades adjudicantes, desde que o programa do procedimento ou o convite relativo ao procedimento que deu origem à celebração do acordo-quadro tenha indicado tal possibilidade, passando também a ser permitido às entidades adjudicantes celebrarem acordos-quadro com vários operadores económicos.

Finalmente, diga-se que com a revisão ao CCP,¹⁴ permite-se doravante o recurso à arbitragem ou a outros meios alternativos, passando o Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção, (IMPIC) a ter competência para os processos de contra-ordenação.

¹⁴ Nos termos do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 111B/2017, salvo no que respeita ao regime de liberação das cauções nos contratos de empreitada de obras públicas, as alterações ao CCP só são aplicáveis aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor (01/01/2018), bem como aos contratos que resultem desses procedimentos.

III. Princípios jurídicos gerais em matéria de formação dos contratos públicos

Da nossa análise, resulta que o princípio da concorrência é a trave-mestra da contratação pública. Mas importa, parece-nos, assegurar que essa concorrência seja sã e séria entre interessados. Maior concorrência, portanto. Mais séria e respeitadora. Para tal concretiza-se em vários sub-princípios: no princípio da objectividade dos critérios de adjudicação; no princípio da proposta única; no princípio da livre associação dos concorrentes; no princípio da comparabilidade das propostas; no princípio da intangibilidade das propostas; no princípio da estabilidade das regras dos procedimentos; no princípio da estabilidade dos concorrentes ou candidatos; no princípio da estabilidade dos contratos públicos, bem como, no princípio da estabilidade do contrato e dos co-contratantes.

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO¹⁵ denota que este princípio “(...) não se manifesta apenas nas regras do procedimento concursal, mas é também tutelado no decurso da execução do contrato (...)”. Acrescentando que “em última análise, o princípio da concorrência consiste na ideia de acesso público de todos os interessados aos procedimentos da contratação. Por outras palavras, está em causa a ideia de que o universo concorrencial não é definido pela entidade adjudicante, antes se verificando uma apresentação pública de propostas (...) ou de candidaturas (...)”.

Chame-se também a atenção para o princípio da igualdade, um dos pilares fundamentais do Estado de Direito e “enformador de toda a ideia de contratação pública, especificado em vertentes fundamentais da presente disciplina (...) como a proibição de discriminação em razão da nacionalidade, nos princípios da comparabilidade e da objectividade, na proibição de tratamento diferenciado entre

¹⁵ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais*, 2011, p.16.
Disponível em:
http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Bibliografia/os_principios_juridicos_dos_procedimentos_concurrais.pdf.pdf.

todos os concorrentes sem fundamento ou com base em inversão injustificada da prática estável e expectável com base na boa fé”¹⁶.

Em suma, este importante princípio impõe, à entidade adjudicante uma conduta estritamente igual em relação aos concorrentes e candidatos que se encontrem em situação igual.

Temos ainda, o princípio da transparência que dá a garantia de que os eventuais atentados às determinações da lei e às exigências dos princípios da concorrência e da igualdade serão conhecidos dos interessados. Portanto, mostrar como procedem e porque procedem dessa maneira¹⁷, dando a conhecer antecipadamente tudo aquilo que possa influenciar a conduta a adoptar pelos concorrentes e documentando, oficialmente, as opções tomadas e os juízos formulados, de maneira a que os interessados possam ou conformar-se ou reagir.

“Apresentando uma evidente conexão com o princípio da transparência, o princípio da publicidade representa como que a face externa daquele. Enquanto a transparência se destina a dar a conhecer a todos os interessados e, depois, participantes no procedimento o sentido, conteúdo e propósito de todas as fases deste último, a publicidade alarga o círculo dos destinatários quanto a este desvendar do procedimento.”¹⁸

A lei impõe o dever de publicitar ou notificar, consoante os casos, todos os actos e decisões procedimentais com eficácia concorrencial externa, isto é, cujos efeitos se projectem na esfera dos participantes do procedimento, modificando ou extinguindo a posição jurídica que aí detinham no confronto da entidade adjudicante ou face aos restantes opositores. A publicidade da decisão de contratar está em correlação directa com a possibilidade de acesso de um maior número de interessados em contratar, aumentando, deste modo, o universo concorrencial.

¹⁶ RICARDO BRANCO, A revisão do CCP e os princípios jurídicos gerais em matéria de formação dos contratos públicos, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, p. 287.

¹⁷ Fundamentação e clareza das decisões tomadas no procedimento.

¹⁸ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais*, 2011, p. 25.

Disponível em:

http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Bibliografia/os_principios_juridicos_dos_procedimentos_concurrais.pdf.pdf.

Por sua vez, o princípio da imparcialidade, impõe aos sujeitos administrativos do procedimento que, nas suas opções e decisões, representem e ponderem todos os factores que compõem a esfera de interesses, e não se baseiem em interesses alheios, como afinidades políticas, simpatias, preferências locais ou regionais, conhecimentos pessoais, entre outros. Ou seja, o escopo deste princípio é o de evitar conflitos de interesses¹⁹, impondo a publicidade dos actos praticados e a fundamentação das decisões com eficácia externa.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade²⁰, ínsito na ideia de Estado de Direito, exige à entidade adjudicante que não adopte medidas restritivas da concorrência sem justificação suficiente e adequada para o efeito, impondo-se que avalie sempre ponderadamente a adequação e proporcionalidade dos meios utilizados em relação aos fins prosseguidos.

¹⁹ Evitar tais conflitos de interesse passa pela consagração de impedimentos com base em relações anteriores dos candidatos com a entidade adjudicante, bem como, pela proibição da definição de factores e subfactores de adjudicação em momento posterior à abertura das propostas. Cfr. para maiores desenvolvimentos RICARDO BRANCO, A revisão do CCP e os princípios jurídicos gerais em matéria de formação dos contratos públicos, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, pp. 292 e 293.

²⁰ O princípio da proporcionalidade “tem especial incidência na definição do universal concorrencial admitido a participar no procedimento, dele decorrendo que, à luz da função e objectivos do procedimento em causa, não sejam adoptadas medidas restritivas da concorrência sem justificação suficiente e adequada para o efeito. Já no plano da condução do procedimento, o princípio dirige-se especialmente às decisões das entidades adjudicantes (...)”. Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais*, 2011, p. 11. Disponível em:

http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Bibliografia/os_principios_juridicos_dos_procedimentos_concurrais.pdf.pdf.

IV. Análise da tramitação procedimental referente ao contrato de aquisição de serviços celebrado entre a Novabase e a DGEEC

Olharemos seguidamente para a “história contratual”, conducente ao já aludido contrato de aquisição de serviços.

É amplamente sabido que as peças do procedimento são o convite à apresentação de propostas e do caderno de encargos²¹, devendo o convite respeitar as exigências que se encontram estabelecidas no artigo 115.º do CCP.

Ao estarmos perante um procedimento de ajuste directo, não há, naturalmente, lugar a negociação de propostas²². Deste modo, cumpridas as formalidades exigidas, a entidade adjudicante procede à adjudicação da proposta apresentada²³, sem ter de indicar, logicamente, qual o critério de adjudicação e os eventuais factores e sub-factores²⁴.

Note-se que, ao contrário do que sucede nos restantes procedimentos, o ajuste directo e também a consulta prévia, não tem de decorrer em plataformas electrónicas^{25, 26}.

“Assim, e muito embora a entidade adjudicante possa, sempre que assim o entender, exigir que as propostas sejam apresentadas nos termos do número 1 do artigo 62.º, do Código, ela apenas tem de estabelecer um modo de apresentação de propostas através de um meio de transmissão electrónica de dados.”²⁷

²¹ Cfr. alínea a) do número 1 do artigo 40.º do CCP.

²² Quando existe fase de negociação de propostas, em sede de consulta prévia, há lugar à elaboração de um relatório preliminar de avaliação das propostas, à submissão da audiência prévia do mesmo e à elaboração do devido relatório final. Para maiores desenvolvimentos cfr. VASCO MOURA RAMOS, Consulta Prévia, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, pp. 540 e ss.

Consultar ponto 9 do Convite à apresentação de proposta que consta no Anexo II.

²³ Ponto 10 do Anexo II – Convite.

²⁴ Indicação essa que só se verifica no caso da consulta prévia – alínea b) do número 2 do artigo 115.º do CCP.

²⁵ Alínea g) do número 1 do artigo 115.º.

²⁶ Vide Convite, Anexo II – em particular, alínea b) do ponto 7.

²⁷ VASCO MOURA RAMOS, Consulta Prévia, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, p. 541.

Transposta esta parte algo introdutória, propomo-nos analisar os trâmites contratuais recorrendo a transcrições das peças do procedimento do contrato de aquisição de serviços²⁸, celebrado entres a Novabase e a DGEEC.

“Por despacho da Diretora-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência, ao abrigo das competências próprias, foi aberto o procedimento com vista à aquisição de serviços de formação Aplicação Escola 360.”

Ora, de acordo com o número 1 do artigo 36.º do CCP “o procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar, podendo essa decisão estar implícita nesta última.”

Sendo que a decisão de escolha do procedimento de formação de contratos deve ser fundamentada²⁹, cabe ao órgão competente a decisão de contratar³⁰. No âmbito do contrato em análise, este foi aberto nos termos da subalínea ii) da alínea e) do número 1 do artigo 24.º do CCP.

Recorreu-se a um específico critério material para justificar o recurso ao ajuste directo, tendo-se consequentemente, invocado a não possibilidade de recurso a mais do que uma entidade.

Passemos então para “os esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento”. Para tal, os interessados podem apresentar, à Entidade Adjudicante os erros e as omissões detectados nas peças do procedimento.³¹

²⁸ Tudo consultável nos anexos do presente Relatório.

²⁹ MARIA JOÃO ESTORNINHO saúda a “preocupação [do legislador] com a decisão de contratar e com a preparação e a fundamentação da mesma, pese embora o facto de, ao se exigirem especiais cuidados na justificação da celebração de contratos de valor superior a 5 milhões de euros se poder erradamente induzir a pensar que a decisão de contratar só é verdadeiramente relevante nesses contratos.”

MARIA JOÃO ESTORNIHO, *Apreciação crítica à alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos, Contratação Pública*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 14. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublica2018.pdf

³⁰ Artigo 38.º do CCP.

³¹ No que respeita à fase da formação do contrato, estabelece o artigo 50.º que a lista na qual os interessados identificam os erros e as omissões das peças do procedimento por si detectados deixa de poder ser apresentada até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas, conforme se previa no antigo artigo 61.º do CCP, passando a ter que ser apresentada logo no primeiro terço do prazo fixado para a apresentação das propostas. Assim sendo, o referido

Os esclarecimentos, as rectificações e as listas com a identificação dos erros e omissões detectados pelos interessados serão disponibilizados na “Plataforma acinGov” e juntos às peças do procedimento que se encontrem patentes para consulta, sendo notificados imediatamente todos os interessados.

E, caso a aceitação de erros ou de omissões das peças do procedimento implique a alteração de aspectos fundamentais das peças do procedimento, o prazo fixado para a apresentação de propostas será prorrogado.³² Prorrogação essa que aproveita a todos os interessados.

E, qual a noção de proposta? Essa resposta é-nos dada no número 1 do artigo 56.º do CCP, estatuinto que “a proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”, tendo de ser constituída, nomeadamente, pela Declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I ao CCP, conforme o disposto na alínea a) do número 1 do artigo 57.º também do CCP.

Respeitando o artigo 65.º do CCP, o Convite afirma que “o prazo da obrigação de manutenção da proposta é de 66 (sessenta e seis) dias.”³³

Devido ao facto de estarmos perante um ajuste directo, o procedimento para a formação do contrato não é conduzido por um júri, mas sim, pela própria entidade adjudicante.³⁴

prazo passa a ser idêntico ao previsto na lei para os interessados solicitarem os esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento.

Por seu turno, o órgão competente para a decisão de contratar pronuncia-se sobre os erros e as omissões identificados pelos interessados até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação das propostas, ou até ao prazo fixado no convite ou no programa de concurso, considerando-se rejeitados todos os que, até ao final daquele prazo, não sejam por ele expressamente aceites.

³² Artigo 64.º do CCP.

³³ Ponto 8 do Convite à apresentação de propostas (no Anexo II).

³⁴ O júri é designado pelo órgão competente para a decisão de contratar, composto, em número ímpar, por um mínimo de três membros efetivos, um dos quais preside, e dois suplentes – cfr. artigos 67.º a 69.º do CCP par consulta das regras aplicáveis a esta figura.

Gostaríamos, contudo, de destacar o novo n.º 5 do artigo 67.º que impõe, como medida de prevenção e de eliminação de conflito de interesses na condução de procedimentos de formação de contratos, que os membros do júri e os peritos que lhes prestem apoio subscrevam, antes do início de funções, uma declaração de inexistência de conflitos de interesses relacionados com o objecto ou com os participantes no procedimento, conforme modelo previsto no anexo XIII do Código.

Segue-se a decisão de adjudicação. Nos termos do número 1 do artigo 73.º do CCP, a adjudicação “é o acto [administrativo] pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta”³⁵.

“Juntamente com a decisão de adjudicação, a entidade adjudicante notifica o adjudicatário para apresentar os documentos de habilitação a que se refere o número 1 do artigo 81.º do CCP e do artigo 2.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, e a Certidão Permanente.”³⁶

Terminamos esta análise ao Convite à apresentação de propostas com o regime da caução³⁷ que, porventura, não é exigível no âmbito do presente contrato, por força do número 2 do artigo 88.º, n.º 2 do CCP.

Destaquemos do caderno de encargos, a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar, somente a cláusula referente ao tratamento de dados pessoais³⁸.

Esta cláusula,³⁹ no confronto com o resto do clausulado, será a única novidade a assinalar e será objecto de análise detalhada mais adiante neste Relatório.

Queremos, todavia, referir o artigo 48.º do CCP e a cláusula 35.º do caderno de encargos, início e fim de produção de efeitos, para destacar a não necessidade de

³⁵ A razão pela qual só procedemos à transcrição da primeira parte do artigo prende-se com o facto de estarmos perante um ajuste directo, onde o critério da aceitação é o único existente. A entidade adjudicante não tem de escolher entre as várias propostas apresentadas, o critério da escolha.

³⁶ Vide ponto 11 do Convite à apresentação de propostas, Anexo II. Bem como, os artigos 81.º a 87.º do CCP.

³⁷ Anteriormente, no caso de contratos que implicassem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, só não era exigível a prestação de caução quando o preço contratual fosse inferior a EUR 200.000. Agora, com as alterações introduzidas ao número 2 do artigo 88.º, também pode não ser exigida caução quando se trate de contratos em que o adjudicatário seja uma entidade prevista nos artigos 2.º ou 7.º; ou então quando se trate de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis, ou de aquisição de serviços, cujo cumprimento deva ocorrer integralmente no prazo máximo de 20 dias a contar da data da notificação da adjudicação.

Também, por força da nova redacção do artigo 89.º, a caução deixa de ter um valor fixo de 5% do preço contratual, passando a ser variável. Tal valor, repare-se, deve ser fixado em função da complexidade e expressão financeira do respetivo contrato, não podendo ultrapassar 5% do preço contratual.

No que respeita aos contratos em que haja obrigações de correcção de defeitos pelo co-contratante, designadamente obrigações de garantia, sujeitas a um prazo superior a 2 anos, o artigo 295.º veio alargar para 5 anos o prazo de liberação integral da caução, devendo o contraente público promover gradualmente a liberação da mesma.

³⁸ O restante clausulado do caderno de encargos segue o regime e trâmites ínsito no CCP e demais legislação aplicável.

³⁹ Anexa ao presente Relatório – Anexo I.

fundamentação do prazo de vigência do contrato posto que este tem um prazo de vigência inferior a três anos.

Para a celebração do contrato este deve ser reduzido a escrito através da elaboração de um clausulado em suporte papel ou em suporte informático com a aposição de assinaturas electrónicas.⁴⁰

Cumprindo o disposto no artigo 96.º, quando a celebração do contrato implica a sua redução a escrito, a respectiva minuta é aprovada pelo órgão competente para a decisão de contratar em simultâneo com a decisão de adjudicação, outorgando-se o contrato após a aceitação da minuta pelo adjudicatário.

⁴⁰ Número 1 do artigo 94.º do CCP.

V. Ajuste Directo vs. Consulta Prévia

Voltemos, por breves instantes, ao CCP e às suas novidades e alterações.

Ora, o contrato analisado *supra* leva-nos a analisar com maior profundidade o procedimento do ajuste directo e o seu regime face à última revisão do CCP.

E assim, antes de entrarmos no tema que vai ser objecto de análise *infra*, recordemos que em 2008 aquando da publicação do CCP, o legislador procedeu a uma importante distinção entre dois tipos de procedimento. A saber, os procedimentos abertos face aos procedimentos fechados.

Deste modo, os procedimentos fechados correspondiam àqueles em que a entidade adjudicante decidia quem participava no procedimento, convidando directamente determinado operador económico.

Inversamente, nos procedimentos abertos era permitida a participação de todas as entidades⁴¹. Procedimentos esses que se iniciavam com a publicação de um anúncio.

“(…) apenas quando a entidade adjudicante seja forçada a publicitar o apelo a contratar através de anúncio é que as ideias de concorrência e de eficiência se encontram plenamente concretizadas (...)”, pois esta “(...) não consegue obter qualquer garantia de que um outro operador de mercado não venha a apresentar uma proposta que, por conter condições contratuais mais vantajosas, obtenha afinal a melhor pontuação à luz do critério de adjudicação e, em consequência, determine a escolha de um co-contratante que a entidade adjudicante não prefere.”⁴²

⁴¹ Alertamos para o facto de a possibilidade de participar no procedimento não garante a possibilidade de apresentar proposta.

Para certos procedimentos, a possibilidade de apresentar proposta está dependente de uma prévia qualificação das entidades. Tal sucede no caso do concurso limitado por prévia qualificação, no procedimento de negociação, no diálogo concorrencial e agora, com a revisão ao CCP, também na parceria para a inovação.

⁴² JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁCHEZ, *Comentários ao Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Sérvulo, 2016, p. 37. Acessível em: http://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CI

O único procedimento fechado previsto no CCP, era o ajuste directo, permitindo-se à entidade adjudicante decidir quem convidava, uma ou mais entidades, a participar no procedimento.

Como aponta VASCO MOURA RAMOS⁴³, “o ajuste directo era, claramente, o regime que mais desconfiança pública suscitava, por ser o único em que era a entidade adjudicante que escolhia quem nele podia participar.”

Confrontado com tal situação e com o cada vez maior número de casos em que o recurso aos ajustes directos, ousamo-nos a dizer, faziam tremer a linha da legalidade e da transparência, foi consagrado com a revisão do CCP, um “novo”⁴⁴ procedimento fechado, a consulta prévia⁴⁵.

No âmbito da consulta prévia é permitido à entidade adjudicante convidar directamente pelo menos três entidades⁴⁶ à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar os aspetos da execução do contrato a celebrar.⁴⁷

Note-se que “a consulta prévia mais não é agora do que aquilo que era até aqui o ajuste directo com convite a mais do que uma entidade”^{48 49}.

[ENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios ao Anteprojeto de Revisao do Codigo dos Contratos Publicos.pdf](#).

⁴³ VASCO MOURA RAMOS, Consulta Prévia, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, p. 534.

⁴⁴ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁCHEZ, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Sérvulo, 2016, p. 35, dizem que com este “novo” procedimento, o legislador “recusa a limitação do recurso ao ajuste directo, refugiando-se, para o efeito, num artifício terminológico através da adopção de um simulacro de procedimento concorrencial designado por procedimento de «consulta prévia»”.

⁴⁵ “(...) nada existe de inovador nesta proposta de bipartição procedimental. Trata-se, apenas, de repor uma parte essencial do regime que, ainda na legislação de 1999, disciplinava os procedimentos restritivos da concorrência (não dotados de anúncio).” Cfr. *Idem*, p. 35.

⁴⁶ “Incompreensível e inexplicavelmente, deixou agora de ser possível à entidade adjudicante convidar duas entidades a apresentar proposta”. Todavia, “este problema é, no entanto, de fácil resolução. Assim, consideramos que se deverá entender que é possível convidar duas entidades num procedimento celebrado por ajuste directo – sendo que, nesse caso, o procedimento seguirá as regras procedimentais da consulta prévia.” Cfr. VASCO MOURA RAMOS, Consulta Prévia, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, p. 536.

⁴⁷ Vide artigos 16.º n.º 1 alínea b), 27.º-A e 112.º a 127.º do CCP.

⁴⁸ VASCO MOURA RAMOS, Consulta Prévia, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, p. 537.

⁴⁹ Salientam os AA que “Mesmo que seja forçada a convidar um número predeterminado de operadores económicos, ela será sempre a dona do procedimento, na medida em que a identidade de cada um dos participantes no procedimento será uma consequência da sua escolha discricionária e não da resposta do mercado concorrencial a um convite generalizado a contratar através de um anúncio.

Dito de outro modo: ainda que o legislador imponha a obrigação de convidar 5, 10, 20 ou, até mesmo, por absurdo, 50 ou 100 entidades para legitimar o recurso a um procedimento fechado,

Se olharmos para os critérios de escolha do procedimento, tendo em conta o valor do contrato, constatamos que os limiares aplicáveis à consulta prévia são os que outrora eram considerados os limiares do ajuste directo.

Assim, por força dos artigos 19.º n.º1 alínea c), 20.º n.º 1 alínea c) e 21.º n.º 1 alínea b), a consulta prévia passa a estar prevista para as aquisições de bens e serviços entre EUR 20.000 e 75.000, para as empreitadas de obras públicas entre EUR 30.000 e 150.000 e para os demais contratos que não configurem contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos, ou contratos de sociedade, quando o valor do contrato seja inferior a EUR 100.000.

E tendo em conta a autonomia conferida ao novo procedimento de consulta prévia, foram reduzidos, nos termos dos artigos 19.º n.º 1 alínea d), 20.º n.º 1 alínea d) e 21.º n.º 1 alínea c), os limiares do ajuste directo com convite a uma só entidade, limitando-se esse procedimento aos contratos de aquisições de bens e serviços de valor inferior a EUR 20.000, contratos de empreitadas de obras públicas de valor inferior a EUR 30.000 e demais contratos que não configurem contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos, ou contratos de sociedade, de valor inferior a EUR 50.000.

Trata-se de uma alteração que tem como intuito gerar uma maior concorrência e transparência, visto dever implicar uma descida drástica do número de contratos celebrados por ajuste directo.⁵⁰

continuará a ser claro que os outros potenciais interessados não poderão apresentar proposta, por não ter sido formulado um apelo genérico ao mercado através da publicação de um anúncio.” Cfr. AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁCHEZ, *Comentários ao Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Sérvulo, 2016, p. 36.

Perfilha do mesmo entendimento RUI MEDEIROS, Stress test à revisão do CCP, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, p. 42 e 42. Observa o Autor que “o procedimento de consulta prévia a pelo menos três entidades continua a não assegurar uma igualdade concorrencial entre todos os operadores económicos interessados e facilmente pode ser utilizado de forma abusiva”, acrescentando que “a entidade adjudicante escolhe livremente, sem necessidade de explicitar qualquer critério de escolha, as entidades a convidar... Por isso, se o legislador da reforma tivesse querido levar a sério o objectivo de promover por esta via um mercado mais concorrencial, deveria, por exemplo, ter exigido a explicitação de uma decisão fundamentada do critério subjacente à opção da entidade adjudicante de convidar as concretas entidades seleccionadas.”

⁵⁰ Principalmente no caso das empreitadas de obras públicas, em virtude de a grande maioria desses contratos passar agora a ter de observar o procedimento da consulta prévia a pelo menos três entidades.

Mas denotam com perspicácia e sentido crítico JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ⁵¹ que “se o legislador proíbe o recurso ao ajuste directo logo que o contrato tem um valor igual ou superior a 30.000, 20.000 ou 50.000 euros (consoante o caso das empreitadas, dos bens ou serviços ou de outros contratos), isso implica que considera juridicamente inadmissível – desde logo à luz das ideias de concorrência, de eficiência e de imparcialidade – atribuir à entidade adjudicante a livre selecção do operador económico com quem celebrará o contrato. Ora, se assim é, então a medida agora proposta é inepta e contraditória com o seu próprio propósito: é que o legislador ainda permite, acima desses limiares, que a entidade adjudicante continue a seleccionar livremente o leque de operadores económicos que ela própria convidará para apresentar proposta.”

Por sua vez, os critérios materiais estabelecidos nos artigos 24.º a 27.º do CCP, permitem sempre o recurso à consulta prévia. O ajuste directo⁵² só pode ser utilizado quando não seja possível o recurso a mais do que uma entidade ou compatível com o fundamento invocado⁵³.

“Os critérios materiais elencados nos artigos 24.º a 27.º do CCP deixam de constituir situações que legitimam o recurso ao ajuste directo e passam a ser fundamentos em que é possível recorrer à consulta prévia – só sendo possível recorrer ao ajuste directo se o fundamento invocado não permitir ou não for compatível com o recurso a mais do que uma entidade”⁵⁴.

Foram também alteradas, nos artigos 112.º a 127.º, várias regras da tramitação aplicáveis a ambos os procedimentos. Alterações essas que vão permitir um

⁵¹ Dizendo ainda os AA que “(...) cabe ao legislador proceder à opção política concreta que consiste em determinar qual deve ser o montante económico a partir do qual se considera perigoso para o funcionamento do mercado concorrencial (...)”, ou seja, “(...) qual deve ser o montante económico até ao qual se considera que os benefícios emergentes de um contrato não são suficientemente elevados para impedir uma «adjudicação directa».” Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Sérulo, 2016, pp. 38 e 39.

⁵² Evidencia JOÃO FILIPE GRAÇA, A escolha dos procedimentos pré-contratuais no Código dos Contratos Públicos revisto, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, p.352, que “relativamente à escolha do ajuste directo por critérios materiais é possível constar a manutenção de disposições extremamente complexas e excessivamente longas, sendo possível destacar que, quanto a estes específicos critérios, foi frustrada a possibilidade da sua simplificação.”

⁵³ Cfr. artigo 27.º-A do CCP.

⁵⁴ VASCO MOURA RAMOS, Consulta Prévia, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, pp. 538 e 539.

encurtamento do prazo médio de duração do procedimento, apesar de este continuar dispensado de tramitação na plataforma electrónica de contratação pública.

Importa ainda ter presente que, quer no recurso ao ajuste directo, quer no recurso à consulta prévia, se deve levar em linha de conta o disposto no artigo 22.º, que consagra limitações ao fraccionamento da despesa.

Com efeito, diz-se no n.º 1 desse artigo que, quando prestações do mesmo tipo, susceptíveis de constituírem objecto de um único contrato, sejam contratadas através de mais do que um procedimento, a escolha do procedimento a adoptar deve ser efetuada tendo em conta o somatório dos valores dos vários procedimentos, caso a formação de todos os contratos a celebrar ocorra em simultâneo, ou o somatório dos preços contratuais relativos a todos os contratos já celebrados e do valor de todos os procedimentos ainda em curso, quando a formação desses contratos ocorra ao longo do período de um ano, desde que a entidade adjudicante, aquando do lançamento do primeiro procedimento, devesse ter previsto a necessidade de lançamento dos procedimentos subsequentes⁵⁵.

⁵⁵ Doravante, pode dar-se o caso de um contrato que, caso fosse encarado autonomamente, poderia ser celebrado por ajuste directo ou por consulta prévia, já não o possa ser quando, como impõe o artigo 22.º, forem levados em linha de conta outros contratos celebrados entre as mesmas partes no decurso do último ano.

VI. O novo número 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos

Como já tivemos oportunidade de referir, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto (doravante “DL 111-B/2017”), foram introduzidas alterações substanciais no regime constante do CPP, em particular no regime aplicável à fase de formação dos contratos públicos (i.e., a Parte II do CCP).

Destacamos, neste segmento⁵⁶, a nova disciplina do procedimento de ajuste directo. Desdobrando-se agora em dois procedimentos distintos – a consulta prévia e o *novo* ajuste directo.

O legislador alterou o regime da escolha das entidades a convidar, previsto no artigo 113.º do CCP, passando a prever no preceito o procedimento de consulta prévia, tendo também reformulado os próprios critérios de proibição de convidar determinado operador económico a apresentar proposta num procedimento de consulta prévia ou de ajuste directo .

Ora, ao decidir-se manter intocada a consideração dos contratos celebrados no “ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores”, coloca-se a questão de saber se deverão as entidades adjudicantes contabilizar os contratos celebrados em 2016 e 2017, para efeitos do cálculo dos limites actualmente previstos no número 2 do artigo 113.º do CCP.⁵⁷

Para CARLOS VAZ ALMEIDA/ FRANCISCO BESSA DE CARVALHO/ DIANA SANTIAGO DAS NEVES⁵⁸, “com a entrada em vigor do novo regime (i.e., em 1 de Janeiro de 2018), iniciou-se um novo ciclo para a contabilização do «preço contratual acumulado», para efeitos do disposto no número 2 do artigo 113.º do CCP.”

⁵⁶ No ponto anterior deste Relatório foi, precisamente, abordado o tema do novo procedimento de consulta prévia e o confronto com o já existente, embora agora ligeiramente modificado, procedimento por ajuste directo.

⁵⁷ A lei manteve a sua formulação no sentido de que devem ser considerados os “dois anos económicos anteriores” e as disposições transitórias do DL 111-B/2017 não regulam especificamente a matéria.

⁵⁸ CARLOS VAZ ALMEIDA/ FRANCISCO BESSA DE CARVALHO/ DIANA SANTIAGO DAS NEVES, O artigo 113.º, nº2 do Código dos Contratos Públicos: novo regime, nova era, in *Revista Electrónica de Direito Público*, 2018, p. 81. Acessível em: <https://e-publica.pt/volumes/v4n3/pdf/Vol.4-N%C2%BA3-Art.06.pdf>.

Ora, a lei determinava que não podiam ser convidados a apresentar proposta, num procedimento de ajuste directo, os operadores económicos: com quem já tivessem sido celebrados contratos por ajuste directo - adoptados com base no critério do valor do contrato⁵⁹, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, cujo preço contratual acumulado fosse, consoante o caso, igual ou superior aos limites estabelecidos na alínea a) do artigo 19.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º, todos do CCP e, note-se, na medida em que os contratos anteriormente celebrados e o contrato que a entidade adjudicante pretendesse vir a celebrar compreendessem prestações do mesmo tipo ou idênticas.

Notam os Autores⁶⁰ que, “do confronto entre o anterior e o actual regime, resulta desde logo evidente que a proibição de convidar prevista no número 2 do artigo 113.º do CCP passou a ter um alcance mais vasto. Isto porque o legislador optou por suprimir da letra da lei um critério qualitativo, que concorria, decisivamente, para restringir o alcance da proibição de convidar: o da identidade de prestações entre os contratos anteriormente celebrados e o contrato que a entidade adjudicante pretendesse vir a celebrar”⁶¹.

Esta proibição de convidar o mesmo operador económico passou a compreender não só o procedimento de ajuste directo, mas também o novo procedimento de consulta prévia.

Importa, contudo, apurar se o valor de contratos celebrados ao abrigo de procedimentos distintos, de consulta prévia e de ajuste direto, deverão ser considerados de forma acumulada.

⁵⁹ Se o contrato celebrado tivesse sido precedido de ajuste directo, adoptado com fundamento em critérios materiais – elencados nos artigos 24.º a 27.º do CCP –, então não seria contabilizado para efeitos do número 2 do artigo 113.º do CCP, pois, ao auxiliarmo-nos dos critérios materiais é nos permitido, regra geral, a celebração “de contratos de qualquer valor” (cf. artigos 23.º e ss. do CCP). “Como seria expectável, o legislador adoptou a mesma lógica na actual redação do número 2 do artigo 113.º do CCP, ao remeter, nesta norma, para os casos em que o ajuste directo ou consulta prévia são escolhidos com fundamento no valor do contrato a celebrar.”, para maiores desenvolvimentos cfr. *Idem*, pp. 82-86.

⁶⁰ *Idem*, p. 83.

⁶¹ Passou a ser irrelevante – para efeitos da verificação da proibição de convidar à luz do novo regime – saber quais as prestações compreendidas nos contratos sucessivamente celebrados com um determinado operador económico. Em decorrência disto, o critério central passou assim a ser o da identidade do operador económico.

Para os Autores “não deverão ser considerados, acumuladamente, contratos celebrados na sequência de procedimentos distintos.”^{62/63}

Deste modo, para o cálculo do preço contratual acumulado previsto no número 2 do artigo 113.º do CCP, apenas se devem somar os preços de contratos celebrados na sequência de procedimentos da mesma natureza e que digam respeito ao mesmo tipo de contratos, de acordo com as categorias estabelecidas nos artigos 19.º e 20.º do CCP, isto é, contratos de empreitada versus contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços⁶⁴.

Outra questão que se levanta prende-se com os contratos anteriormente adjudicados e a sua consideração para efeitos do cálculo dos limites actualmente previstos no número 2 do artigo 113.º do CCP.

Prima facie, o procedimento de consulta prévia não existia até à entrada em vigor do regime aprovado pelo DL 111-B/201721. Naturalmente, não é possível as entidades adjudicantes terem um historial, em 2016 e 2017, de contratos

⁶² *Idem*, p. 84.

⁶³ VASCO MOURA RAMOS, Consulta Prévia, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, p. 547, tem um entendimento diferente, considerando que “(...) se deverá ter uma diferente atitude consoante as situações em causa: assim, os contratos celebrados ao abrigo de Consulta Prévia com base no valor apenas poderão ser tidos em conta para impedir futuros convites para participar em procedimentos de Consulta Prévia; ao invés, os contratos celebrados na sequência de Ajustes Directos são relevantes para todos os convites a endereçar no futuro (seja participar em Ajustes Directos ou em Consulta Prévia) – muito embora seja diverso o montante para que se considere verificado esse impedimento em cada uma das duas situações.”

⁶⁴ Num procedimento de consulta prévia para a contratação de uma empreitada de obras públicas, os operadores económicos com quem tenham sido celebrados contratos de empreitada, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de procedimentos de consulta prévia, cujo “preço contratual acumulado” perfaça o limite previsto na alínea c) do artigo 19.º do CCP (i.e., €150.000).

Num procedimento de consulta prévia para a contratação de uma locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços, os operadores económicos com quem tenham sido celebrados contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de procedimentos de consulta prévia, cujo “preço contratual acumulado” perfaça o limite previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP (i.e., €75.000);

Num procedimento de ajuste directo para a contratação de uma empreitada de obras públicas, os operadores económicos com quem tenham sido celebrados contratos de empreitada, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de procedimentos de ajuste directo, cujo “preço contratual acumulado” perfaça o limite previsto na alínea d) do artigo 19.º do CCP (i.e., €30.000);

Num procedimento de ajuste directo para a contratação de uma locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços, os operadores económicos com quem tenham sido celebrados contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de procedimentos de ajuste directo, cujo “preço contratual acumulado” perfaça o limite previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP (i.e., €20.000).

celebrados na sequência de procedimentos de consulta prévia, para efeitos do número 2 do artigo 113.º do CCP.

E em segundo lugar, assistiu-se igualmente, a mudanças substanciais no regime do ajuste directo. O número de operadores económicos que é possível convidar passou a ser de apenas um operador económico e reduziu-se os limiares aplicáveis para o recurso ao mesmo.

Concludentemente, dado que o actual regime do ajuste directo constitui uma nova realidade jurídica, estabelecer uma equivalência de tratamento poderia conduzir a resultados pouco equilibrados⁶⁵.

Acrescente-se que, inclusivamente, com uma interpretação à luz dos princípios e normas gerais de aplicação da lei no tempo, não deve ser considerada obrigatória a contabilização dos contratos celebrados antes da entrada em vigor do DL 111-B/2017, para efeitos da aplicação do regime actualmente previsto no número 2 do artigo 113.º do CCP.

Ora, na ausência de disposições de direito transitório, resta ao intérprete recorrer aos termos gerais da sucessão de leis no tempo consagrados no artigo 12.º do Código Civil (doravante CC).

Assim, existindo dúvidas sobre se foi ou não a intenção do legislador que fossem considerados os contratos celebrados no passado para efeitos da aplicação do actual regime constante do n.º 2 do artigo 113 do CCP, estas devem ficar dissipadas pela aplicação do número 2 do artigo 12.º do CC, de onde resulta que apenas

⁶⁵ Dão os AA como exemplo o caso de “uma entidade adjudicante que tenha celebrado, em 2017, com um determinado operador económico, na sequência de um procedimento de ajuste directo, um contrato de aquisição de serviços por um preço contratual de €70.000. Podia fazê-lo porque o limite até ao qual o mesmo operador económico podia ser convidado a apresentar proposta, num procedimento de ajuste directo, para a celebração de contratos de aquisição de serviços, era de €75.000. Neste caso, a entidade adjudicante transportaria, para 2018, um «saldo negativo» de adjudicações por ajuste directo, ao mesmo operador económico, superior ao limite agora legalmente definido para o recurso ao ajuste directo para formação de contratos de prestação de serviços (€20.000). Mais, estaria impedida de convidar tal operador económico a apresentar propostas para a celebração de contratos de prestação de serviços, no âmbito de ajustes directos, até 2020.”

Cfr. CARLOS VAZ ALMEIDA, FRANCISCO BESSA DE CARVALHO e DIANA SANTIAGO DAS NEVES, O artigo 113.º, nº2 do Código dos Contratos Públicos: novo regime, nova era, in *Revista Electrónica de Direito Público*, 2018, p. 87-89. Acessível em: <https://e-publica.pt/volumes/v4n3/pdf/Vol.4-N%C2%BA3-Art.06.pdf>.

deverão ser considerados os contratos celebrados após a entrada em vigor do novo regime⁶⁶.

Exemplificando, um contrato de aquisição de serviços, celebrado em 2017, na sequência de um procedimento de ajuste directo, no valor de €20.000, não impediria que uma entidade adjudicante pudesse convidar o mesmo prestador de serviços para lhe apresentar uma proposta num procedimento de ajuste directo lançado nesse mesmo ano. Contudo, no mesmo cenário, mas agora em 2018 (i.e., ao abrigo do novo regime do n.º 2 do artigo 113.º do CCP), a entidade adjudicante estaria impedida de convidar o mesmo prestador de serviços, já que o limite para a escolha deste tipo de procedimentos, para a celebração deste tipo de contratos, é agora de €20.000.⁶⁷

⁶⁶ “(...) na falta de uma disposição transitória sobre a matéria (o que teria constituído a solução mais adequada), consideramos que se deverá entender que apenas os contratos que venham a ser celebrados a partir de 2018 devem relevar (...)”. Constatamos, deste modo, que também VASCO MOURA RAMOS, Consulta Prévia, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018, p. 545, perfilha do entendimento que apenas relevam os contratos celebrados após a data da última alteração legislativa ao CCP.

⁶⁷ “(...) a consideração de factos pretéritos – os contratos celebrados no passado –, para efeitos da aplicação do novo regime, representaria sempre uma descon sideração das legítimas expectativas das entidades adjudicantes que, com base no enquadramento legal então em vigor, programaram as suas contratações futuras e que agora ficariam porventura impedidas de convidar operadores económicos que, se o regime anterior se tivesse mantido, poderiam ainda convidar.”, cfr. CARLOS VAZ ALMEIDA, FRANCISCO BESSA DE CARVALHO e DIANA SANTIAGO DAS NEVES, O artigo 113.º, n.º2 do Código dos Contratos Públicos: novo regime, nova era, in *Revista Electrónica de Direito Público*, 2018, p. 87-89. Acessível em <https://e-publica.pt/volumes/v4n3/pdf/Vol.4-N%C2%BA3-Art.06.pdf>.

VII. O Regime do Regulamento Geral de Protecção de Dados

Adiante, o nosso foco da análise passará para os dados pessoais, o seu tratamento e a sua regulação face ao novo quadro normativo comunitário.

O Regulamento Geral de Protecção de Dados⁶⁸ (doravante RGPD ou, simplesmente, Regulamento) é um regulamento europeu, aprovado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu, que considera a protecção das pessoas singulares, relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais, um direito fundamental⁶⁹, independentemente da nacionalidade ou local de residência, contribuindo, consequentemente, para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça, bem como, para uma união económica e social dos cidadãos do espaço europeu.

O que o Regulamento pretende é, não só harmonizar e assegurar a defesa dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, mas também garantir a livre circulação de dados pessoais entre os Estados da UE.

Novos direitos para o cidadão europeu, novas obrigações para as entidades públicas e privadas e novos procedimentos. Tudo isto passou a ser aplicável a partir de 25 de Maio de 2018.

Ora, um regulamento europeu, ao invés de uma directiva⁷⁰, é de aplicação directa no sistema jurídico dos diferentes Estados-Membros, sem necessidade de ser

⁶⁸ Consultável em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>.

⁶⁹ A nossa Lei Fundamental no seu artigo 35.º - com a epígrafe "Utilização da informática" - aborda a temática da protecção de dados, atribuindo um conjunto de direitos aos titulares dos dados, tais como, o direito à protecção dos dados pessoais, à informação, ao acesso aos seus dados pessoais e à rectificação - tema que merecerá um maior aprofundamento mais à frente no nosso trabalho.

⁷⁰ A Directiva n.º 95/46/CE foi o primeiro instrumento jurídico, a nível de direito da EU, relacionado com a protecção de dados. Ao adoptar-se esta forma de legislar foi, assim, dada a possibilidade de cada Estado-Membro transcrever com alguma liberdade o seu conteúdo, o que acabou por se traduzir numa produção avulsa de legislação, originando uma aplicação pouco uniforme e uma insegurança jurídica que contribuíram para distorções da concorrência entre Estados e a dificuldade, por parte das autoridades nacionais, de cumprirem as obrigações de controlo.

A referida Directiva foi transposta para a ordem jurídica interna através da Lei n.º 67/98 - Lei de Protecção de Dados, disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=156&tabela=leis&so_miolo=.

transposto para o direito interno. “Trata-se, portanto, de um acto legislativo da União Europeia, que, pela sua natureza, é parte integrante do direito interno e produz efeito directo simultaneamente nas relações verticais e horizontais, sem necessidade de qualquer mecanismo de recepção.”⁷¹

Verifica-se, portanto, um triplo objectivo que a UE procurou alcançar através deste Regulamento: harmonização da legislação, coerência do tratamento de dados pessoais em todo o espaço europeu e segurança jurídica, que somente com uma aplicação uniforme em toda a UE se torna mais fácil de assegurar.

Contudo, ainda que de aplicação a toda a UE, o Regulamento deixa espaço para que, em certas situações, os Estados-Membros possam legislar, nomeadamente no que concerne a questões ligadas à aplicação prática do RGPD, como por exemplo, a organização interna da autoridade de controlo, em Portugal, a Comissão Nacional de Protecção de Dados.

⁷¹ JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Legislador Português. Precisa-se. Algumas notas sobre o regime sancionatório no Regulamento Geral de Protecção de Dados*, Julho de 2017, p. 42. Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/revistaforum/forum2017_1/files/assets/basic-html/page-40.html.

a) A quem e quando se aplica o RGPD

No que concerne ao âmbito subjectivo, o Regulamento em questão aplica-se a todas as pessoas singulares e vivas, independentemente da sua nacionalidade e do seu local de residência, relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais.⁷²

No que tange o âmbito objectivo o RGPD, regula o tratamento de dados pessoais efectuado no contexto das actividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de subcontratante situado no território da UE, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora do espaço europeu.

Regula também o tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da UE efectuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na EU, quando as actividades de tratamento estejam relacionadas com a oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na EU.

Se por força do Direito Internacional Publico se aplicar o direito de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento não estabelecido no espaço europeu cairá também no âmbito de aplicação do RGPD.

Inversamente, o Regulamento não se aplica a questões de defesas e direitos fundamentais, especialmente actividades de tratamento para efeito de protecção das pessoas singulares no que respeita à prevenção, investigação, detecção e repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, à livre circulação de dados pessoais relacionados com actividades fora do âmbito de aplicação do direito da UE, nomeadamente segurança nacional, política externa e de segurança comum da UE.

Se o tratamento de dados pessoais for efectuado por pessoas singulares, no exercício de actividades pessoais ou domésticas, o presente regulamento em análise também não rege este tipo de tratamento.

⁷² Sem prejuízo de um tratamento mais aprofundado adiante, consideram-se dados pessoais toda e qualquer informação relativa a pessoas singulares que as identifique ou as torne identificáveis. Tem-se por identificada a pessoa que é diferenciada de todas as outras e identificável aquela que, embora não tendo ainda sido identificada, pode vir a sê-lo.

Finalmente o RGPD, não se aplica ao tratamento de dados pessoais relativos a pessoas colectivas nomeadamente a sua denominação, forma jurídica e os seus contactos.

b) Princípios relativos ao tratamento de dados

O artigo 5.º do RGPD, enumera vários princípios⁷³ relativos ao tratamento de dados pessoais, o que se consubstancia num conjunto de direitos que acrescem aos que constam dos artigos 12.º e seguintes do RGPD⁷⁴.

a) Princípio da licitude, lealdade e transparência

É a base de todo o sistema consagrado no Regulamento. A pedra toque que orienta o tratamento dos dados pessoais que têm de ser objecto de um tratamento lícito, leal e transparente.

Ora, um tratamento lícito implica a existência de uma recolha lícita, para tal, baseada no consentimento⁷⁵ do titular dos dados e para uma finalidade específica ou, em certos casos, de um fundamento legítimo dado pela lei ou pelo próprio RGPD.

O tratamento dos dados pessoais deve, deste modo, assentar numa das causas de licitude do tratamento previstas no artigo 6.º do RGPD.

⁷³ NUNO SALDANHA, *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Lisboa, 2018, p. 43. Este Autor faz referência ao Princípio da Livre Circulação, presente no artigo 1.º do RGPD, considerando-o “condição *sine qua non* para a sua existência”. Acrescenta e enfatiza o facto de o Regulamento existir para proteger o tratamento de dados pessoais das pessoas singulares e a livre circulação desses dados, tendo sempre como fim último a preservação dos direitos e liberdades das pessoas singulares.

⁷⁴ Tema que irá ser analisado com maior detalhe *infra*.

⁷⁵ Diz-nos o Considerando n.º 38 do RGPD que “As crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais.”

De modo a assegurar esta *protecção especial* o Regulamento no seu artigo 9.º ocupa-se da temática dados pessoais e crianças, estatuinte que, no caso, de crianças até aos 16 anos, o tratamento só é lícito “se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança”, cabendo ao responsável pelo tratamento de dados garantir que o consentimento foi validamente prestado, ou seja, que foram os responsáveis parentais que o deram. Se, todavia, a criança tiver mais de 16 anos, não se torna necessário qualquer autorização parental.

É de referir que, de acordo com o artigo 12.º do Regulamento, quando as informações são dirigidas a crianças, a linguagem a adoptar deve ser “clara e simples”.

No que tange a temática do tratamento leal, o Regulamento exige o consentimento⁷⁶ do titular dos dados, ou seja, este tem de concordar com o tratamento que posteriormente irá ser feito⁷⁷.

Contudo, não basta o consentimento. Este tem, obviamente de ser válido e, para que tal aconteça, é necessário que o titular dos dados pessoais não esteja sujeito a qualquer pressão no momento da tomada da sua decisão, bem como, haja sido informado sobre o objecto e consequências do seu consentimento e que, finalmente, o âmbito deste acto de concordância seja concreto.

O consentimento tem de ser específico, o que só se verifica se a informação prestada pelo responsável pelo tratamento for rigorosa e clara. E tem de ser livre, o titular dos dados tem de exercer uma verdadeira escolha, sem risco de fraude, coação, intimidação ou consequências negativas em virtude de uma eventual recusa em dar o seu consentimento⁷⁸.

De notar que o consentimento é susceptível de ser retirado a qualquer momento, não comprometendo, contudo, a licitude do tratamento efectuado até esse momento por parte do responsável pelo tratamento⁷⁹.

Por fim, no que concerne a obrigatoriedade de um tratamento transparente, esta imposição legal tem como consequência primordial o dever de todas as informações⁸⁰ ou comunicações acerca dos direitos dos titulares dos dados pessoais terem de ser de fácil acesso e compreensão.

⁷⁶ Se a declaração de consentimento for previamente fornecida pelo responsável pelo tratamento, esta deve ser fornecida de forma inteligível.

⁷⁷ Note-se que o ónus de demonstrar a existência de tal consentimento cabe ao responsável pelo tratamento dos dados pessoais.

⁷⁸ A existência de um manifesto desequilíbrio entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento – sobretudo quando este é uma autoridade pública – bem como, a não possibilidade de dar o consentimento ao tratamento de dados de uma forma separada, consoante diferentes especificidades, obrigando a um consentimento geral é um sinal claro de que tal consentimento não é efectuado de livre vontade. Cfr. Considerando 43 do Regulamento.

⁷⁹ Voltaremos à figura do consentimento e às questões a ela inerente, um pouco mais à frente no nosso trabalho.

⁸⁰ Incluem-se aqui as informações fornecidas aos titulares dos dados sobre a identidade do responsável pelo tratamento dos dados pessoais, os fins a que o tratamento se destina, as informações que asseguram que o tratamento é efectuado com equidade, a salvaguarda do seu direito de obter a confirmação e a comunicação de que os seus dados pessoais estão a ser tratados.

b) Princípio da finalidade

Este princípio determina que os dados devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e não podem ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades.

Essas finalidades devem ser comunicadas ao titular dos dados na fase da recolha do consentimento, ou seja, ainda antes de as operações de tratamento terem início, e não devem ser alteradas no decurso do tratamento dessa informação⁸¹.

“O que este princípio nos mostra é que a legitimidade do tratamento de dados pessoais dependerá também da finalidade desse tratamento e que o tratamento de dados pessoais para fins indeterminados ou ilimitados é ilícito”⁸².

c) Princípio da minimização dos dados

Só devem ser tratados dados que sejam adequados, pertinentes e necessários à finalidade estabelecida. Devido a este conjunto de exigências, a este princípio também se dá o nome de princípio da qualidade dos dados ou da pertinência dos dados.

Ora, quanto menor for a informação retida⁸³ pelos responsáveis pelo tratamento dos dados, menor é o risco de, em caso de perda da informação, de forma ilegal ou por negligência, causar danos aos direitos e liberdades dos titulares dos dados. Por este motivo, o princípio em causa equivale e tem a função de uma norma de segurança.

⁸¹ As situações de tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, de investigação científica ou histórica e estatísticos não devem ser consideradas incompatíveis com as finalidades iniciais, uma vez que, de acordo com o artigo 89.º do RGPD, esse tipo de tratamento está sujeito a um conjunto de regras que garantem os direitos e liberdades do titular dos dados, nomeadamente a adopção de medidas técnicas e organizativas – que asseguram o princípio da minimização da informação – e também de segurança, como a pseudonimização, por outras palavras, a encriptação dos dados.

⁸² NUNO SALDANHA, *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Lisboa, 2018, p.46.

⁸³ As categorias dos dados escolhidos para o tratamento têm de ser aquelas estritamente necessárias à concretização do objectivo geral das operações de tratamento a efectuar e que tenha sido, sublinhe-se, comunicada ao titular dos dados. De notar, ainda, que existem alguns dados pessoais que estão enquadrados em categoriais especiais por revelarem informação do foro íntimo e alusiva à vida privada dos cidadãos.

d) Princípio da exactidão e precisão

Impõe-se que os dados devam ser exactos, e atualizados sempre que necessário⁸⁴. Concludentemente, os dados inexactos devem ser apagados ou rectificados sem demora, um direito que assiste aos titulares dos dados objecto de tratamento.

Para uma concretização plena e eficaz do princípio em análise, o responsável pelo tratamento deve tomar as medidas necessárias para garantir que as informações pessoais em seu poder são exactas e actuais, ainda antes de as utilizar.

e) Princípio da limitação da conservação

Os dados devem ser conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período estritamente necessário para as finalidades para as quais são tratados. Assinale-se que o responsável pelo tratamento dos dados pessoais deverá fixar os prazos para o apagamento ou para a revisão periódica.

f) Princípio da integralidade e confidencialidade

É preciso ter presente que os dados devem ser tratados de uma forma que garanta a sua segurança⁸⁵, incluindo a protecção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação accidental.

g) Princípio da responsabilidade

Não chega a ser um artigo, é somente o número 2 do artigo 5.º, mas encerra em si uma grande alteração no modo como a atribuição de responsabilidade é feita aquando da entrada em vigor do RGPD.

O RGPD contém muitos conceitos, princípios e mecanismos semelhantes aos da Lei da Protecção de Dados Pessoais – Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Todavia,

⁸⁴ “Este é, até, um princípio de boa gestão da informação. Se não está correcta, das duas uma: ou deixou de ser necessária, e então deverá ser eliminada, ou continua a ser necessária, o que se pode traduzir numa diminuição da qualidade do tratamento de dados, com as inevitáveis consequências para a reputação do responsável pelo tratamento.” in, NUNO SALDANHA, *Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados*, Lisboa, 2018, p.48.

⁸⁵ O nível de segurança necessário para os dados é determinado pelas funcionalidades de segurança disponíveis no mercado para um determinado tratamento, pelos custos e pela sensibilidade dos dados objecto de tratamento.

modifica o paradigma: a obrigação geral de notificação prévia à Comissão Nacional de Protecção de Dados (doravante CNPD) foi suprimida, tendo sido substituída por uma maior responsabilização daqueles que procedem ao tratamento de dados pessoais.

Cabe agora ao responsável pelo tratamento responder por toda a implantação do Regulamento e pela colocação da organização em *compliance*, isto é, em conformidade com o RGPD.

Consagra-se assim, um princípio de responsabilidade (pro)activa: cabe ao responsável⁸⁶ pelo tratamento de dados pessoais demonstrar que, em todas as suas fases, esse tratamento obedece ao Regulamento, tendo doravante, de tomar todas as medidas regulatórias, sendo responsável pela sua efectividade.

⁸⁶ Esta responsabilidade exige, por parte dos responsáveis pelo tratamento, a implementação activa de medidas de promoção e salvaguarda da protecção de dados nas suas actividades. Compete-lhes assegurar a conformidade das operações de tratamento com a legislação sobre a protecção de dados e devem estar em condições de demonstrar a todo o tempo, essa conformidade – uma verdadeira inversão do ónus da prova.

Para assegurar o cumprimento do princípio da responsabilidade, o RGPD aponta-nos algumas vias que o responsável pelo tratamento deve enveredar. A saber, a promoção do controlo prévio das operações planeadas, através da Avaliação de Impacto sobre a Protecção de Dados (AIPD/ DPIA) – artigo 35.º; a solicitação de consulta prévia às autoridades de controlo – artigo 36.º; a criação do cargo de encarregado de protecção de dados (EPD/ DPO) – artigo 37.º; a criação de códigos de conduta, nos termos do artigo 40.º.

c) O que são dados pessoais

Nos termos do número 1 do artigo 4.º do Regulamento são dados pessoais a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via electrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.”

Já o dissemos anteriormente, contudo, não pensamos ser demais repetir que, um dado será considerado pessoal⁸⁷ se identificar o seu titular ou, simplesmente, permitir *a posteriori* que se saiba e descubra a que pessoa ou cidadão os dados pertencem⁸⁸.

⁸⁷ Sem querermos ser exaustivos, temos como exemplos de dados pessoais: nome, morada, endereço eletrónico, número de IP, dados de localização, data de nascimento, número de identificação civil, número de identificação fiscal, número de identificação da Segurança Social, altura, peso e idade, composição do agregado familiar, padrão da íris e impressão digital, elementos de identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social, perfis de redes sociais e informação recolhida por cookies, informação bancária, bem como, informação fiscal.

⁸⁸ Os dados pessoais não são apenas aqueles que permitem denominar um titular, basta que o distingam ou permitam distinguir de outras pessoas (de forma isolada ou em conjunto com outros dados) para serem considerados dados pessoais.

d) A questão dos dados sensíveis

O RGPD, decidiu autonomizar um conjunto de dados pessoais que designou por “categoria de dados especiais”. São aqueles que, na Lei n.º 67/98, se chamavam dados sensíveis.

Referimo-nos a dados pessoais que, pela sua natureza, são especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, podendo advir riscos significativos aquando do tratamento de tais dados. Dados que revelam informação do foro íntimo e alusivos à vida privada dos cidadãos.

Nos termos do número 1 do artigo 9.º do Regulamento são dados especiais, sendo proibido o seu tratamento, aqueles que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa⁸⁹.

Os dados mencionados *supra* não podem ser objeto de tratamento a não ser em casos excecionais⁹⁰.

⁸⁹ Num mundo cada vez mais global, mas também intrusivo e sem barreiras e pudor, verificou-se, por parte da União Europeia, uma preocupação em aumentar o tipo de dados sensíveis, de forma a garantir uma maior e mais eficaz proteção dos dados da esfera privada.

⁹⁰ A saber, se o titular dos dados der o seu consentimento explícito, para finalidades específicas, salvo se o direito da UE ou de um Estado-Membro prever que essa proibição não pode ser anulada pelo titular dos dados; se o tratamento for necessário para efeitos de legislação laboral, de segurança social e de proteção social; se o tratamento for necessário para proteger os interesses vitais do titular no caso de o titular dos dados estar física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento; se o tratamento for efetuado, no âmbito das suas atividades legítimas ligadas a associações ou outros organismos sem fins lucrativos; se o tratamento se referir a dados pessoais que tenham sido manifestamente tornados públicos pelo seu titular; se o tratamento for necessário à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito num processo judicial; se o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante; se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho; se o tratamento for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública; se o tratamento for necessário para fins de arquivo de interesse público; e, finalmente, se os dados forem tratados por ou sob a responsabilidade de um profissional sujeito à obrigação de sigilo profissional ou de confidencialidade. Pois bem, nestas situações, é, em princípio, permitido um tratamento dos dados pessoais sensíveis.

e) O tratamento de dados e a sua licitude

Em primeiro lugar, considera-se tratamento de dados pessoais qualquer operação realizada sobre os dados pessoais, efetuada com ou sem meios automatizados⁹¹.

Como se pode constatar, o tratamento de dados não se limita ao tratamento por meios autonomizados⁹². A principal razão desta ressalva resulta da necessidade de uma protecção global e uniforme dos dados dentro da União Europeia.

Não queremos deixar de evidenciar a grande diferença que se observou no âmbito do próprio procedimento do tratamento de dados pessoais, aquando da entrada em vigor do RGPD.

Na antiga directiva comunitária - Directiva n.º 95/46/CE – que, por conseguinte, deu origem à lei portuguesa que regula a protecção de dados pessoais – Lei n.º 67/98 – era necessário que as organizações que procedessem ao tratamento de dados pessoais fossem alvo de um controlo externo *a priori*.

Consequentemente e como já foi mencionando anteriormente, deixou-se cair a obrigatoriedade que existia de notificação prévia à autoridade de controlo, no caso português à CNPD, e, nos casos de tratamento de dados sensíveis, de autorização prévia dessa entidade⁹³.

Esta diferença relativamente à Directiva, no que tange ao controlo externo, não se verificou ao nível dos fundamentos da licitude de tratamento de dados pessoais, mantendo os fundamentos que tornam lícito tal tratamento.

⁹¹ Nos termos do número 2 do artigo 4.º do RGPD, o tratamento de dados consiste numa “operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.”

⁹² Aliás, no artigo 2.º do Regulamento refere-se que o seu âmbito de aplicação é o “tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados.”

⁹³ Cfr. NUNO SALDANHA, *Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados*, Lisboa, 2018, p.69.

Ora, no artigo 6.º do RGPD, estatui-se que o tratamento só é lícito⁹⁴ se e na medida em que se verifique pelo menos⁹⁵ uma das seguintes situações: o consentimento, uma relação contratual⁹⁶, o cumprimento de uma obrigação legal⁹⁷ pelo responsável, interesses vitais do titular ou de terceiro que tornem lícito o tratamento, bem como a prevalência do interesse público⁹⁸ ou exercício de poderes públicos e, finalmente, interesses legítimos do responsável e de terceiros.

Debrucemo-nos, mais afincadamente na figura do consentimento porque este novo Regulamento comunitário veio clarificar algumas questões e aprofundar este importante acto dos titulares dos dados pessoais.

Tal como na Directiva, o consentimento no Regulamento, continua a ser um dos fundamentos para a legitimidade do tratamento de dados pessoais porém, o RGPD, contém regras mais exigentes para este acto.

O consentimento, de acordo com o número 11 do artigo 4.º, consiste numa “manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou acto positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objecto de tratamento”.

“A Directiva deixava em aberto a possibilidade de o consentimento ser prestado através de *opt-out*, isto é, o consentimento podia resultar quer de uma acção quer de uma não acção.”⁹⁹

Inversamente, o Regulamento vem deixar de fora esta possibilidade ao exigir uma declaração ou acto positivo inequívoco. Doravante, o responsável pelo tratamento

⁹⁴ Deve ser documentado e identificado expressamente o fundamento da licitude do tratamento e a finalidade a que se destina.

⁹⁵ Note-se que basta a verificação de uma das alíneas do número 1 do artigo 6.º do RGPD para que o tratamento seja tido como lícito, não sendo, deste modo, condições cumulativas.

⁹⁶ Os dados são necessários para a execução de um contrato no qual o titular é parte. Temos como exemplos, o pagamento do vencimento aos trabalhadores e os serviços que têm de dispor de dados pessoais seus como o NIF e um número de conta bancária. Não é necessário o consentimento para o tratamento desses dados.

⁹⁷ Os dados são necessários para o cumprimento de uma obrigação legal a que o responsável pelo tratamento está sujeito. Exemplo: uma norma que determine que devem ser identificados todos os trabalhadores da Administração directa e indirecta do Estado que tenham formação jurídica. Não é necessário o consentimento para o tratamento desses dados.

⁹⁸ Os dados são necessários ao exercício da autoridade pública ou de funções de interesse público, tais como, para uma investigação pública ou averiguações que envolvam dados pessoais.

⁹⁹ ANA FAZENDEIRO, *Regulamento Geral sobre Protecção de Dados*, 3.ª ed., Coimbra, 2018, p. 37.

deve obter do titular dos dados uma declaração de vontade livre, informada, explícita¹⁰⁰ e inequívoca.¹⁰¹

Resulta do número 1 do artigo 7.º do RGPD, que o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais, sempre, clarifique-se, que o consentimento legitimar o tratamento dos dados em causa.

Este artigo define ainda as condições que asseguram a validade do consentimento prestado.

Em primeiro lugar, o pedido de consentimento –inteligível, de fácil acesso e numa linguagem clara e simples - deve constar de uma declaração escrita e deve distinguir-se de outras matérias que também constem dessa eventual declaração¹⁰².

Em segundo lugar, o titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento, que deve ser tão fácil de retirar quanto de conceder.

Como nota a Autora¹⁰³, esta disposição obriga a que as organizações permitam a retirada do consentimento pela mesma forma em que foi concedido, devendo o titular dos dados objecto de tratamento ser informado de que a retirada do consentimento não compromete a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado¹⁰⁴.

¹⁰⁰ O consentimento explícito é necessário para o tratamento de dados sensíveis, de acordo com o artigo 9.º do Regulamento.

¹⁰¹ O considerando 32 do RGPD clarifica este importante conceito, prevendo que o “consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um acto positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato electrónico, ou uma declaração oral. O consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio web na Internet, seleccionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais. O silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento. O consentimento deverá abranger todas as actividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade.” (sublinhados nossos).

¹⁰² De acordo com o considerando 42, o consentimento só será tido como informado se o titular dos dados conhecer, pelo menos, a identidade do responsável pelo tratamento e as finalidades a que o tratamento se destina.

¹⁰³ ANA FAZENDEIRO, *Regulamento Geral sobre Protecção de Dados*, 3.ª ed., Coimbra, 2018, p. 38.

¹⁰⁴ Antes de dar o seu consentimento, o titular dos dados é informado desse facto.

Em terceiro e último lugar, estatui-se que a prestação de um serviço não pode ficar dependente do consentimento do titular dos dados, se porventura este não é necessário para a execução do serviço em causa.

f) O responsável pelo tratamento e o sub-contratante¹⁰⁵

O responsável pelo tratamento, denominado *controller* na terminologia inglesa, é “a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais.”¹⁰⁶ É quem efectivamente controla os dados e, por força de tal circunstância, é responsável pelo cumprimento das obrigações que a legislação sobre a protecção de dados lhe impõe.

A primeira de todas as obrigações do *controller* está presente no número 2 do artigo 5.º do RGPD: “O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no número 1 e tem de poder comprová-lo («responsabilidade»).” Ora, cabe ao *controller* garantir o cumprimento dos princípios relativos ao tratamento de dados pessoais e que constam do número 1, desse mesmo artigo.

“Estamos aqui perante uma situação de *accountability*, isto é, o responsável pelo tratamento não só é obrigado a executar todas as medidas necessárias, adequadas e eficazes para garantir o cumprimento do Regulamento, como também é obrigado a comprovar que tomou essas medidas e que elas são realmente eficazes ou que, pelo menos, mitigam riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares.”¹⁰⁷

O *controller*, no âmbito das suas obrigações tem de assegurar que os dados pessoais são recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e

¹⁰⁵ Pensamos ser benéfico distinguir estas duas figuras da figura do “destinatário” bem como do “terceiro”. A primeira pode definir-se como “pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que recebem comunicações de dados pessoais, independentemente de se tratar ou não de um terceiro. Contudo, as autoridades públicas que possam receber dados pessoais no âmbito de inquéritos específicos nos termos do direito da União ou dos Estados-Membros não são consideradas destinatários; o tratamento desses dados por essas autoridades públicas deve cumprir as regras de protecção de dados aplicáveis em função das finalidades do tratamento – número 9 do artigo 10.º do RGPD.

Enquanto, a segunda figura corresponde a toda a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou organismo que não seja o titular dos dados, o responsável pelo tratamento, o sub-contratante e as pessoas que, sob a autoridade directa do responsável pelo tratamento ou do sub-contratante, estão autorizadas a tratar os dados pessoais – número 10 do artigo 4.º do RGPD.

¹⁰⁶ Número 7 do artigo 4.º do RGPD.

¹⁰⁷ Cfr. NUNO SALDANHA, *Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados*, Lisboa, 2018, p.73.

que não sejam posteriormente tratados de forma incompatível com as finalidades de recolha; que apenas são recolhidos os dados pessoais adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades da recolha; que os dados pessoais recolhidos são exatos e atualizados; que os dados pessoais apenas são conservados durante o tempo necessário para a prossecução das finalidades da recolha/tratamento, garantindo no entanto o cumprimento da legislação relativamente a determinados sectores e áreas de actividade; que são postas em prática as medidas técnicas e organizativas¹⁰⁸ para proteger os dados pessoais; que são disponibilizados ao titular dos dados todas as informações relacionadas com o tratamento efectuado, concedendo-lhe o direito ao acesso, rectificação e eliminação dos seus dados, bem como a oposição ao seu tratamento, nos termos da lei, e, por fim, assegura que é obtido o consentimento do titular para o tratamento de dados, nos casos em que tal é exigível.

Passemos agora a analisar a figura do sub-contratante ou *processor*. É, nos termos do RGPD e do seu número 8 do artigo 4.º, uma “pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento destes.”

Na Directiva os *processors* tinham, essencialmente, de cumprir deveres relativos à segurança e à confidencialidade. Com o RGPD, apesar do *controller* continuar a ser o responsável pelo cumprimento das regras de protecção de dados, o sub-contratante fica obrigado¹⁰⁹ aos mais variados deveres a que, até agora, não estava

¹⁰⁸ Sempre que estejam em causa o tratamento de dados sensíveis devem ser ainda adoptadas medidas especiais de segurança com vista ao controlo de entradas nas instalações, do acesso aos dados e suportes de dados, ao controlo da utilização dos sistemas de tratamento de dados por pessoas não autorizadas ou ao controlo da transmissão dos dados, para que desta forma não se verifiquem falhas de segurança.

¹⁰⁹ O Regulamento aplica aos *processors* muitas das obrigações que recaem sobre os responsáveis pelo tratamento – a título exemplificativo, número 2 do artigo 30.º, artigo 32.º e artigo 37.º, todos do RGPD.

Temos como obrigações dirigidas principalmente aos *processors*: tratar os dados pessoais apenas mediante instruções documentadas do *controller*; assegurar que as pessoas autorizadas a tratar os dados pessoais assumiram um compromisso de confidencialidade; adoptar as medidas de segurança exigidas; cumprir as exigências legais aquando da contratação de outro sub-contratante; prestar assistência e informações ao *controller*; apagar ou devolver os dados pessoais tratados.

obrigado. Devido a tal mudança de paradigma, este passa, também, a ser responsável em caso de incumprimento¹¹⁰.

Note-se que no contrato de sub-contratação, terá de ficar estabelecido o objecto e duração do tratamento, natureza e finalidade, tipo de dados e categorias dos titulares, assim como as obrigações e direitos do responsável.¹¹¹

¹¹⁰ Os *processors* são responsabilizados pelo incumprimento das regras do Regulamento nos termos previstos no artigo 82.º “se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente regulamento dirigidas especificamente aos sub-contratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento”, podendo, inclusivamente, ficar sujeitos ao pagamento das coimas previstas no artigo 83.º do RGPD.

¹¹¹ O sub-contratado não pode contratar outro sub-contratante sem autorização prévia específica ou geral do responsável de proteção de dados, sendo que essa autorização terá de ser manifestada por escrito.

g) Os direitos dos titulares dos dados pessoais

Uma das principais características e novidades assinalar com a entrada em vigor do RGPD foi o reforço dos direitos dos titulares sobre os seus dados, o que veio permitir um maior conhecimento sobre que dados seus estão a circular, quem os conhece e para que fins serão utilizados.

Ora, a cada um destes direitos,¹¹² corresponde uma obrigação por parte do responsável pelo tratamento dos dados, de tomar as devidas e necessárias medidas técnicas e organizativas para assegurar o cumprimento das solicitações que lhe são dirigidas¹¹³.

Como primeiro de todos os direitos, temos o direito à protecção dos dados pessoais. A razão primordial da existência do RGPD é previsto no seu número 1 do artigo 1.º.

A protecção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais é um direito fundamental. Está consagrado no número 1 do artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹¹⁴, no número 1 do artigo 16.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia¹¹⁵ e na Constituição da República Portuguesa¹¹⁶ no número 1 do, já referido, artigo 35.º¹¹⁷.

¹¹² Existe, contudo, um conjunto de restrições comuns a todos estes direitos, presentes no artigo 23.º do Regulamento.

¹¹³ De acordo com o artigo 12.º do Regulamento, todas as comunicações estabelecidas entre as partes, no sentido de fazer valer os direitos do titular dos dados ou as obrigações por parte do responsável pelo tratamento, devem ser efectuadas de forma concisa, transparente, de fácil acesso usando linguagem clara e simples, a título gratuito, salvo se os pedidos forem manifestamente excessivos, infundados ou de carácter repetitivo (neste caso, o responsável pode taxar ou recusar dar seguimento ao pedido).

As respostas às solicitações podem ser prestadas de forma escrita e por meios electrónicos; se o titular a solicitar, a informação poderá ser prestada oralmente, desde que a identidade do titular seja comprovada por outros meios.

Acrescente-se que as respostas às solicitações devem ser prestadas sem demora injustificada e no prazo de um mês a contar da data da recepção do pedido. De notar que é permitida a prorrogação até dois meses desse prazo e seguido de informação ao titular dos dados, quando o pedido for complexo ou existirem vários pedidos.

Se o responsável não der seguimento ao pedido, deve informar o titular dos dados sem demora e no prazo máximo de um mês.

¹¹⁴ Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

¹¹⁵ Disponível em:

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>.

¹¹⁶ Consultável em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis.

Contudo, este direito não é um direito absoluto. Com efeito, tem de ser considerado tendo em conta o equilíbrio e a proporcionalidade com outros direitos fundamentais, podendo ceder face a direitos prevalecentes.

De seguida, o direito à informação – presente nos artigos 13.º e 14.º do RGPD - que assegura que os titulares têm o direito de solicitar ao responsável pelo tratamento dos dados, informações sobre o tipo de tratamento a que os seus dados estão a ser sujeitos. Torna-se efectivo assim que os dados pessoais são recolhidos pelo responsável pelo tratamento, vendo-se este obrigado a fornecer um conjunto de informações¹¹⁸.

Por sua vez, o artigo 15.º do RGPD atribui aos titulares dos dados pessoais o direito de saber se os seus dados são ou não objeto de tratamento por parte de uma organização. Caso sejam alvo de tratamento, o titular tem o direito a aceder aos seus dados pessoais e às seguintes informações: quais os fins do tratamento; quais os dados pessoais em causa; quais os destinatários dos dados; qual o prazo de conservação dos dados; se os dados não tiverem sido recolhidos junto do titular, qual a origem desses dados; e, finalmente, qual a forma de exigir a rectificação ou o apagamento dos dados.

Relativamente, ao direito à rectificação – artigo 16.º do Regulamento -, o titular dos dados pode exigir a rectificação ou alteração dos dados que lhe digam respeito e que não correspondam à verdade. Tem, também, o direito de exigir que os seus dados sejam completados, caso se encontrem incompletos.

¹¹⁷ Para uma análise mais detalhada ver, por exemplo, JJ GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.a ed., Coimbra, 2010, pp. 547-558.

¹¹⁸ Nomeadamente, quem é o responsável pelo tratamento e respectivos contactos; quem é o encarregado da protecção de dados e respectivos contactos; quais as finalidades do tratamento em causa; o prazo de conservação dos dados ou, se tal não for possível, os critérios para definir tal prazo; se o tratamento se basear no consentimento, a existência do direito de retirar tal consentimento; se a comunicação de dados pessoais constitui ou não uma obrigação legal ou contratual, ou um requisito necessário para celebrar um contrato, bem como se o titular está obrigado a fornecer os dados pessoais e as eventuais consequências de não fornecer esses dados; que o titular dos dados tem o direito de apresentar queixa junto da CNPD.

O direito ao apagamento dos dados,¹¹⁹ normalmente conhecido como o direito a ser esquecido ou, simplesmente, o direito ao esquecimento, presente no artigo 17.º do RGPD, vem permitir que os titulares dos dados solicitem ou exijam mesmo, o apagamento dos seus dados, sem demora injustificada.

“Com efeito, aquilo que o titular dos dados solicita às organizações através do pedido de apagamento da sua informação é que, no futuro, não seja alvo de qualquer tipo de tratamento nem de contacto.”¹²⁰

O titular dos dados tem assim o direito de exigir o apagamento de dados, nomeadamente, nas seguintes situações: quando os dados pessoais deixem de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha; quando o titular retire o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados, nos casos em que a lei o permite; bem como, quando os dados tenham sido tratados ilicitamente.

Como é possível constatar, geralmente, os pedidos de apagamento resultam de alegações de que o tratamento de dados não tem, ou deixou de ter, uma base legítima e, nesse caso, o ónus da prova recairá sobre o responsável pelo tratamento, uma vez que ele é o responsável pela legitimidade do tratamento.

Mas ressalve-se que, não sendo este direito ao esquecimento um direito absoluto, o seu exercício não pode afectar, designadamente, o cumprimento de obrigações legais, exercício de direitos em processos judiciais, podendo também prevalecer razões de interesse público na área da saúde pública ou o tratamento para fins de arquivo público, investigação científica, histórica e fins estatísticos.

No que tange ao direito à limitação do tratamento, o titular pode, nos termos do artigo 18.º do RGPD, solicitar a limitação do seu tratamento. Neste contexto, o titular tem direito a que o responsável faça a limitação do tratamento nos seguintes casos: durante o período em que o responsável pelo tratamento dos

¹¹⁹ Já anteriormente reconhecido no Acórdão *Google Spain* do Tribunal de Justiça da União Europeia, que permitiu aos titulares dos dados o direito de solicitar ao responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados, e, se estes forem públicos, o responsável deve informar os restantes responsáveis de que o titular solicitou o “apagamento das ligações para esses dados,” assim como das “cópias e reproduções” dos mesmos, tomando “as medidas que forem razoáveis, incluindo de carácter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação.”

Acórdão disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>.

¹²⁰ NUNO SALDANHA, *Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados*, Lisboa, 2018, p.58.

dados valida a exactidão dos mesmos, após contestação de incorrecção por parte do titular; quando existe tratamento ilícito e o titular se opõe ao apagamento, pode solicitar a limitação da utilização; quando o responsável já não precisa dos dados para tratamento, mas os mesmos são requeridos pelo titular para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial. E também no caso do titular se opor ao tratamento, nos termos do número 1 do artigo 21.º do RGPD, até se verificar que os motivos legítimos do responsável se sobrepõem aos do titular.¹²¹

O titular dos dados pessoais tem o direito não só de solicitar estes procedimentos supra descritos – rectificação, apagamento ou limitação – como também de ser notificado de que o seu pedido foi efectivamente acatado e processado. E aqui, caímos no campo de acção do direito à notificação regulado no artigo 19.º do RGPD.

Na mesma linha de aplicação prática, no artigo 34.º do RGPD é nos dito que o titular dos dados tem o direito de ser informado da existência de uma violação de dados pessoais quando, dessa violação, resultar um elevado risco para os direitos e liberdades.

A existência de dados pessoais que sejam fornecidos ao próprio titular e a ele digam respeito e não se verifique a lesão de direitos ou liberdades de terceiros em virtude da portabilidade dos dados do titular, terá este direito à mencionada portabilidade¹²² dos seus dados – artigo 20.º do RGPD.

Concludentemente, sempre que o tratamento seja informatizado e feito com base no consentimento, o titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento; o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o

¹²¹ O responsável pelo tratamento tem de comunicar a cada destinatário, a quem os dados tenham sido transmitidos, qualquer limitação de tratamento – bem como, em caso de rectificação ou apagamento- que tenha feito, salvo se essa comunicação, tal como previsto no artigo 19.º do Regulamento, se revelar impossível ou implicar um esforço desproporcionado

¹²² O que se procura com este novo direito é dar poderes ao titular dos dados, conferindo-lhe um maior controlo sobre os seus dados, atribuindo-lhe uma maior liberdade de escolha e, dessa forma, reequilibrando a relação entre titulares e responsáveis. Cfr. NUNO SALDANHA, *Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados*, Lisboa, 2018, p.61.

responsável inicial¹²³ o possa impedir; o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos directamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível.¹²⁴

Conforme o artigo 21.º do RGPD, o titular dos dados pode opor-se a qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar dados pessoais para avaliar e determinar características do titular dos dados, designadamente para prever aspectos relacionados com a sua situação económica, tendências comportamentais, saúde e interesses, as denominadas definições de perfis ou *profiling*.

Quando seja exercido o direito de oposição, o responsável pelo tratamento deve cessar esse tratamento, salvo se razões imperiosas e legítimas justificarem a prossecução desse tratamento, cabendo a este provar que os seus interesses legítimos prevalecem sobre os direitos dos titulares dos dados.

Ora, às aludidas definições de perfis,¹²⁵ corresponde o direito a não ficar sujeito a decisões automatizadas, estatuído no artigo 22.º do RGPD. De acordo com este artigo, o titular dos dados tem o direito a não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base em tratamento automatizado.

Esta regra tem, todavia, algumas excepções tais como o facto de a decisão ser necessária para a celebração ou execução de um contrato, ser autorizada pelo direito nacional ou europeu, designadamente, para situações de combate à fraude ou evasão fiscal ou o facto de a decisão automatizada se basear no consentimento explícito do titular dos dados.

Finalmente, mas não menos importantes, temos todo um leque de direitos relacionados com os princípios do tratamento de dados pessoais do artigo 5.º do RGPD.

¹²³ O exercício do direito de portabilidade não implica o exercício do direito ao apagamento, salvo se o titular o solicitar. Deste modo, ambas as entidades – a inicial e a que foi, posteriormente, receptora dos dados transmitidos - continuam responsáveis por assegurar o cumprimento do Regulamento.

¹²⁴ Tal como todas as outras obrigações de resposta a direitos exercidos pelos titulares dos dados, também aqui se aplica o número 3 do artigo 12.º do RGPD, que obriga o responsável pelo tratamento a, no prazo de um mês a contar da recepção do pedido, prorrogável até três meses nos casos complexos, providenciar ao titular dos dados toda a informação solicitada.,

¹²⁵ A definição de perfis está alínea h) do número 4 do artigo 4.º do RGPD.

O direito a que os dados pessoais sejam objecto de um tratamento lícito, leal e transparente, recolhidos para uma finalidade específica, que sejam adequados, pertinentes e limitados, actualizados e exactos, que se conservem de maneira a permitir a identificação do titular dos dados apenas durante o período necessário e que sejam tratados de uma forma que garanta a sua segurança.

VIII. O RGPD e o Acordo de protecção de dados

Propomo-nos a analisar, em seguida, o acordo de protecção de dados estabelecido e acordado entre a DGEEC – entidade adjudicante – e a Novabase – adjudicatária – no Caderno de Encargos de aquisição de serviços *supra* examinado.

Existem certas temáticas estabelecidas no Regulamento que, explicadas em linha com a aplicação ao caso concreto¹²⁶, no nosso caso, observando o estatuído na cláusula referente aos dados pessoais, torna, pensamos nós, a leitura e o estudo das mais diversas temáticas de protecção de dados, abordadas neste acordo, bastante mais proveitoso e dinâmico.

Comecemos, então, por analisar a figura do Encarregado de Protecção de Dados (EPD). Diz-nos o número 3 da cláusula 6.º do Caderno de Encargos que “o adjudicatário comunica, no prazo de 24 horas a contar da data de outorga de contrato, à entidade adjudicante a informação relativa ao seu Data Protection Officer (EPD), designadamente o contacto telefónico e o endereço de correio eletrónico e que se encontre registado na autoridade de controlo nacional (CNPD). Antes do início dos trabalhos deve o/a (EPD/DPO) do Adjudicatário, contactar com o EPD/DPO da entidade adjudicante, de forma a estabelecer a forma de comprovação do cumprimento do RGPD, de acordo com as cláusulas contratuais, relativas aos dados pessoais.”¹²⁷(sublinhados nossos).

Esta figura não existia na Directiva n.º 95/46/CE, sendo uma das grandes novidades deste Regulamento.

O artigo 37.º, faz impender sobre o responsável pelo tratamento e sobre o subcontratante a obrigação de designar um encarregado de protecção de dados (em inglês, um *Data Privacy Officer* – DPO), um especialista em legislação e prática de protecção de dados, sempre que o tratamento for efectuado por uma autoridade ou

¹²⁶ O acesso a uma quantidade de dados pessoais não anonimizados, nomeadamente dados de identificação e dados sensíveis, tendo presente que estão envolvidos dados pessoais de menores de idade.

¹²⁷ Documento que consta no Anexo I.

organismo público¹²⁸ – exceptuando os tribunais no exercício da sua função jurisdicional - quando as mencionadas entidades procedam, no âmbito da sua actividade principal,¹²⁹ a tratamentos em larga escala¹³⁰ de dados pessoais sensíveis ou efectuem tratamentos de dados pessoais, também em grande escala, que exijam um controlo regular¹³¹ e sistemático¹³² dos titulares dos dados.¹³³

Numa organização é o Encarregado de Protecção de Dados (EPD) que assegura que os direitos e liberdades dos titulares dos dados não são susceptíveis de serem prejudicados pelas operações de tratamento e tem um papel essencial e preponderante no cumprimento do RGPD.

É ele o intermediário e a ponte de contacto entre as duas entidades, assumindo uma posição de independência no exercício das suas funções,¹³⁴ encontrando-se, para tal, vinculado aos deveres de sigilo e confidencialidade, segundo o número 5 do artigo 38.º do RGPD.

Porém, o Regulamento, também estabelece para esta figura inovadora diversos direitos e prerrogativas. As suas funções são exercidas com autonomia e trabalha em estreita ligação com o órgão superior de gestão de entidade com quem trabalha. Tem o direito a manter-se actualizado pela entidade em que exerce as funções de EPD, podendo exigir-lhe as informações que necessita, e tem ainda o

¹²⁸O conceito de autoridades públicas abrange tanto as autoridades nacionais, como as locais e as regionais, assim como, os organismos públicos que desempenhem funções de serviço público e de exercício da autoridade pública, podendo ser incluídas pessoas singulares ou colectivas de direito público ou privado em sectores como transportes públicos, água, energia, infra-estruturas rodoviárias, radiodifusão ou órgãos reguladores de profissões, como é o caso da Ordens.

¹²⁹ Por actividades principais entendem-se as que correspondem às primárias e não auxiliares, sendo, nesse sentido, essenciais para alcançar os objectivos do responsável pelo tratamento ou do sub-contratante.

¹³⁰ O RGPD não define o que são tratamentos em larga ou grande escala, deixando para as organizações e para as autoridades de controlo a aplicação deste conceito ao caso concreto. Contudo, o número de titulares de dados, o volume de dados, a duração e âmbito geográfico da actividade de tratamento de dados são, certamente, factores a ter em conta.

¹³¹ Será um controlo contínuo, recorrente, constante ou periódico.

¹³² Sê-lo-á se ocorrer de acordo com um sistema, for predefinido, organizado ou metódico, realizado no âmbito de um plano geral de recolha de dados e efectuado no âmbito de uma estratégia.

¹³³ No nosso caso temos tanto tratamento de dados em larga escala como o tratamento de dados sensíveis, tais como dados relativos à saúde dos alunos.

¹³⁴ O encarregado de protecção de dados pode exercer outras funções, desde que do exercício dessas funções não resultem conflitos de interesses.

direito de acesso a todas as operações de tratamento e dados pessoais que sejam tratados pela entidade¹³⁵.

Evidencie-se o facto de, se porventura, o EPD for trabalhador da entidade, não pode ser destituído ou penalizado por esta devido ao exercício das suas funções.

Ora, este tem como principais funções, tendo presente o artigo 39.º do Regulamento, informar e aconselhar o responsável pelo tratamento, bem como os trabalhadores que tratem os dados, a respeito das suas obrigações em matéria de protecção de dados; verificar se as obrigações constantes do RGPD e da lei estão a ser cumpridas; cooperar com a autoridade de controlo, servindo de ponto de contacto; servir, também, de ponto de contacto dos titulares dos dados relativamente a todas questões relacionadas com o tratamento dos seus dados pessoais; assegurar que, em todas as fases do tratamento, desde a recolha à destruição, são observados os princípios do registo e tratamento de dados.

Porém, caso se assista a algum incumprimento dos requisitos de protecção de dados, os EPD não são pessoalmente responsáveis. Compete ao responsável pelo tratamento ou ao sub-contratante assegurar e comprovar que o tratamento respeita o Regulamento e que cumprem as normas de protecção de dados.¹³⁶

Passemos agora à análise de um instrumento que ajuda a assegurar o cumprimento do Regulamento, a minimizar riscos e a determinar medidas. Falamos da chamada Avaliação de Impacto sobre Protecção de Dados (doravante, AIPD).

“O adjudicatário previamente ao início dos trabalhos deve demonstrar que cumpre o RGPD, através da entrega de elementos de prova ao EPD da DGEEC, nomeadamente a Avaliação de Impacto sobre a Protecção de Dados (AIPD) relativamente ao contrato em questão. A AIPD deverá ser assinada pelo responsável máximo do adjudicatário e com o parecer fundamentado do seu EPD/DPO. A AIPD elaborada pelo adjudicatário deverá incluir obrigatoriamente os requisitos de análise de risco e medidas de mitigação, tendo como mínimo a análise requerida pela autoridade nacional de controlo (CNPd), através das

¹³⁵ Artigo 38.º do RGPD.

¹³⁶ Sobre a figura do encarregado da protecção de dados, vide *GRUPO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTECÇÃO DE DADOS*, consultável em https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp243rev01_pt.pdf.

orientações; “Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Protecção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento é «susceptível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679”, elaborada pelo Grupo de trabalho do artigo 29º para a protecção de dados, adoptada em 4 de abril de 2017 e revistas e anotadas em 4 de outubro de 2017.” (sublinhados nossos).

Como se depreende do número 8, da já aludida cláusula de dados pessoais, a AIPD, em inglês PIA (*Privacy Impact Assessment*), consiste numa avaliação de impacto levada a cabo pelo responsável pelo tratamento de dados – no nosso caso em análise, será levada a cabo pelo sub-contratante pois é este quem irá realizar as operações de tratamento de dados - para a identificar e minimizar os riscos por incumprimento das regras de protecção de dados.

Estas avaliações são, geralmente, levadas a cabo antes de serem iniciados os trabalhos, ou seja, previamente às operações de tratamento de dados que utilizem novas tecnologias e que possam implicar elevado risco para os direitos e liberdades dos titulares dos dados.

Veja-se, tendo presente o preceito transcrito *supra*, que quando exista um EPD, este deve ser consultado para dar o seu parecer fundamentado.

O Regulamento prevê no seu artigo 35.º, a obrigatoriedade de conduzir este tipo de avaliação, em determinadas situações, dando como exemplo: o tratamento automatizado de dados que levem a decisões que afectem o titular dos dados, operações de tratamento de larga escala de dados sensíveis e o controlo sistemático de zonas acessíveis ao público em grande escala.¹³⁷

Como requisitos mínimos, o RGPD exige que as ditas avaliações de impacto incluam uma descrição das actividades de tratamento e das suas finalidades, uma avaliação da necessidade e proporcionalidade das operações de tratamento relativamente aos objectivos, bem como, medidas de mitigação dos riscos e, em

¹³⁷ Esta lista não é exaustiva e, nesse sentido, o Grupo do Artigo 29.º enumera nove critérios que ajudam a determinar a verdadeira necessidade de implementação de um PIA. Documento disponível em https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp248rev.01_pt.pdf.

Cfr. Regulamento n.º 1/2018 da CNPD que ajuda a identificar os tratamentos que necessitam de um estudo de impacto sobre a privacidade.

Consultável em https://www.cnpd.pt/bin/deciso/es/regulamentos/regulamento_1_2018.pdf.

especial, garantias e medidas de segurança para proteger os dados pessoais e demonstrar a conformidade com o Regulamento.¹³⁸

“O Adjudicatário deve notificar a Entidade Adjudicante de qualquer violação de dados pessoais dentro de um máximo de 24 (vinte e quatro) horas após ter conhecimento (...)”

“Esta notificação deve ser acompanhada de todos os elementos relevantes, a fim de permitir ao responsável pelo tratamento, se necessário, notificar essa violação à autoridade de controlo (...) a menos que a violação em questão não seja suscetível de criar um risco para os direitos e liberdades de pessoas singulares.”

Os números 11 e 12 da cláusula de dados pessoais que tem vindo a ser analisada e referida, estão relacionados com a importante temática da violação de dados pessoais,¹³⁹ comumente apelidada de *Data Breach*.

Ora, de acordo com o preceituado no número 12 do artigo 4.º do RGPD, a violação de dados pessoais é uma “violação da segurança que provoque, de modo accidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento.”

A grande novidade neste tema é a obrigatoriedade, em caso de violação de dados pessoais, de o responsável pelo tratamento notificar a autoridade de controlo competente. Se se tratar do sub-contratante – caso que se verifica na situação em análise – este notifica o responsável pelo tratamento.

Logo, em caso de violação de dados pessoais, o responsável pelo tratamento deve notificar a CNPD, no prazo de 72 horas após ter tido conhecimento dela.¹⁴⁰

A notificação deve, nos termos do artigo 33.º do RGPD, descrever a natureza da violação dos dados pessoais, as consequências prováveis da violação de dados

¹³⁸ A CNPD deve ser consultada antes de se iniciar qualquer tipo de tratamento quando a avaliação de impacto indicar que existe um risco elevado, não mitigado pela tomada de medidas.

¹³⁹ Vide, para maiores desenvolvimentos, *Orientações sobre a notificação de uma violação de dados pessoais ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679* do Grupo do Artigo 29.º, disponível em: https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp250rev01_pt.pdf.

¹⁴⁰ No caso objecto de análise no presente Relatório, a obrigação de notificação recai, em primeiro lugar, sobre o sub-contratante que comunicara a violação de dados pessoais no prazo máximo de 24 horas à entidade adjudicante.

personais, as medidas adoptadas ou propostas pelo responsável pelo tratamento para reparar a violação de dados pessoais, bem como, comunicar o nome e os contactos do EPD.¹⁴¹

Saliente-se que, de acordo com o preceituado no número 1 do artigo 34.º do Regulamento, quando a violação dos dados pessoais for susceptível de implicar um elevado risco para os direitos, liberdades e garantias de pessoas singulares, o responsável pelo tratamento deve comunicar a violação de dados pessoais ao titular dos dados sem demora injustificada, em linguagem clara e simples.

Todavia, a obrigação de comunicação ao titular dos dados não existe se se verificar que o responsável pelo tratamento aplicou aos dados pessoais afectados medidas de protecção adequadas, especialmente medidas que tornem os dados pessoais incompreensíveis (e.g., cifragem); o responsável pelo tratamento tiver tomado medidas subsequentes que assegurem que o risco não se concretizará; ou o facto de a comunicação implicar um esforço desproporcionado.

“(…) em caso de uma violação de dados pessoais, as organizações, os responsáveis pelo tratamento ou os sub-contratantes devem, de forma a evitar investigações por parte das autoridades de controlo e possíveis sanções (...), criar uma política adequada de resposta que inclua um plano de acção, de implementação rápida e, se possível, diríamos mesmo quase obrigatoriamente, recorrendo a sistemas de informação. Mais uma vez, trata-se de estabelecer medidas técnicas e organizativas¹⁴².”¹⁴³

“O Adjudicatário obriga-se a ressarcir¹⁴⁴ a Entidade Adjudicante por todos os prejuízos em que esta venha a incorrer em virtude da utilização ilegal e/ou ilícita dos dados referidos, nomeadamente por indenizações e despesas em que tenha

¹⁴¹ Para uma aplicação ao caso concreto ver número 13 da cláusula de dados pessoais anexada ao presente Relatório (Anexo I).

¹⁴² Sobre as medidas técnicas e organizativas, o número 10 da cláusula de dados (Anexo I), estabelece que “se quaisquer dados se perderem ou forem danificados, cuja responsabilidade seja atribuível ao Adjudicatário durante a execução do contrato, seja qual for a causa, este compromete-se a adotar as medidas que forem necessárias com vista à recuperação dos dados, sem quaisquer custos adicionais para a Entidade Adjudicante” (sublinhado nosso).

¹⁴³ NUNO SALDANHA, *Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados*, 2018, pp. 98 e 99.

¹⁴⁴ Relembramos que os *processors* são responsabilizados pelo incumprimento das regras do Regulamento nos termos previstos no artigo 82.º “se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente regulamento dirigidas especificamente aos sub-contratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento”, podendo, inclusivamente, ficar sujeitos ao pagamento das coimas previstas no artigo 83.º do RGPD.

incorrido na sequência de reclamações ou processos propostos pelos titulares dos dados contra a Entidade Adjudicante, bem como por taxas, coimas e multas que tenha de pagar” (sublinhados nossos ao número 15 da cláusula de dados pessoais presente anexo ao presente Relatório).

Entramos, por último, no âmbito do incumprimento e responsabilidades que daí advêm.

A imposição de sanções é condição *sine qua non* para a efectiva observância e execução das regras estabelecidas no Regulamento. No seu artigo 84.º, refere que cabe aos Estados-Membros estabelecer as regras relativas a outras sanções para além das coimas, aplicáveis em caso de violação do disposto no Regulamento¹⁴⁵.

E, diga-se desde já, que as sanções previstas no RGPD, são bastante mais gravosas do que as anteriormente existentes¹⁴⁶. Como perspicazmente denota a Autora¹⁴⁷ “os dados pessoais, que são na sua génese um «direito do homem», passam a ser também um «Corporate Risk».”

Note-se que o limite máximo das coimas varia consoante as obrigações que forem violadas,¹⁴⁸ podendo chegar aos 20 milhões de euros ou até 4% do volume de negócios anual da empresa a nível mundial, de acordo com o exercício financeiro do ano anterior, conforme o valor que for mais elevado.

¹⁴⁵ No sentido de ajudar as autoridades de controlo a identificar as melhores medidas correctivas, o “WP 253” do Grupo do Artigo 29.º apresenta a utilização de quatro princípios: “as infracções ao regulamento devem conduzir à imposição de «sanções equivalentes»”; “como todas as medidas correctivas escolhidas pelas autoridades de controlo, as coimas devem ser «efectivas, proporcionadas e dissuasivas»”; “a autoridade de controlo competente fará uma avaliação «em cada caso individual»”; “a abordagem harmonizada das coimas no domínio da protecção de dados exige a participação activa e o intercâmbio de informações entre autoridades de controlo.” Consultável em https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp253_pt_aplicacao_de_coimas.pdf.

¹⁴⁶ Para JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Legislador Português. Precisa-se. Algumas notas sobre o regime sancionatório no Regulamento Geral de Protecção de Dados*, Julho de 2017, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/revistaforum/forum2017_1/files/assets/basic-html/page-40.html, “[...] para além de problemas de proporcionalidade, na medida em que a infracções de ínfima gravidade possam fazer-se seguir sanções de gravidade inversamente severa – o que depende de uma análise das contra-ordenações na especialidade que ainda está por fazer –, este regime suscita um patente problema de legalidade.” (sublinhados nossos).

E “esse será um incentivo para que, na legislação nacional, se preveja um regime que, respeitando embora o topo estabelecido no Regulamento, possa, na medida do possível, respeitar antes dele os princípios constitucionais da proporcionalidade e da legalidade.”

¹⁴⁷ ANA FAZENDEIRO, *Regulamento Geral sobre Protecção de Dados*, 3.ª ed., Coimbra, 2018, p. 11

¹⁴⁸ Se existir concurso de violações do Regulamento no âmbito da mesma operação de tratamento, o montante total da coima não pode exceder o montante aplicável à violação mais grave.

O apuramento do valor de operações a nível mundial resulta de averiguações sobre a existência ou não de relação de grupo. Esse valor também ficará dependente das obrigações violadas e/ou não cumpridas e da existência de dolo ou negligência, bem como o respetivo grau.

Para além das coimas, podem ainda ser aplicáveis outras sanções. Com a legislação actualmente em vigor,¹⁴⁹ essas sanções podem passar pela proibição temporária ou definitiva do tratamento, o bloqueio, o apagamento ou destruição total ou parcial dos dados, a publicidade da sentença condenatória ou a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento ou do sub-contratante.

Falta-nos mencionar e desenvolver em termos sintéticos, os parâmetros, os trâmites ou procedimentos e as medidas a adoptar para que o tratamento de dados pessoais se realize de acordo com o RGPD, salvaguardando os direitos dos titulares dos dados.

Para tal, transcrevemos, *infra*, preceitos da cláusula de dados pessoais que temos vindo a analisar.

“O Adjudicatário e os seus sub-contratados, obrigam-se a tomar em consideração, no que diz respeito às suas ferramentas, produtos, aplicações ou serviços, os princípios da protecção de dados desde o início (*Privacy by design*) e a protecção de dados por padrão (*Privacy by default*).” (sublinhados nossos ao número 6 da aludida cláusula)

¹⁴⁹ Até haver legislação nacional de execução do RGPD que revogue a Lei 67/98 nas matérias abrangidas pelo Regulamento, a Lei 67/98 continua em vigor em tudo o que não contrarie o RGPD. Assim artigo 49.º de referida lei continua a ter plena aplicação.

Artigo 49.º

Pena acessória

1 - Conjuntamente com as coimas e penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada:

a) A proibição temporária ou definitiva do tratamento, o bloqueio, o apagamento ou a destruição total ou parcial dos dados;

b) A publicidade da sentença condenatória;

c) A advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do artigo 22.º

2 - A publicidade da decisão condenatória faz-se a expensas do condenado, na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital em suporte adequado, por período não inferior a 30 dias.

3 - A publicação é feita por extracto de que constem os elementos da infracção e as sanções aplicadas, bem como a identificação do agente.

Como se constata, para salvaguardar os direitos e liberdades das pessoas singulares, as organizações têm de adoptar medidas técnicas e de organização interna que assegurem o cumprimento do RGPD, desde o momento da definição dos meios de tratamento e inclusivamente, e não menos importantes, durante o próprio tratamento.

Estamos neste primeiro caso, portanto, no âmbito da protecção de dados desde a concepção – *data protection by design*.¹⁵⁰

Por outro lado, temos a protecção de dados por padrão ou defeito,¹⁵¹ (*data protection by default*) impondo ao responsável pelo tratamento que sejam tratados apenas os dados pessoais necessários para cada finalidade específica de tratamento, incluindo não só a quantidade de dados recolhidos, mas também a extensão do tratamento, prazo e acessibilidade.

“No caso de elaboração de relatórios que contenham dados de natureza pessoal ou altamente pessoal, para disponibilização ou para a integração com sistemas externos e descarregamento em ficheiro compatível com folha de cálculo, devem os ficheiros a transferir em qualquer formato, ser disponibilizados de forma encriptada e protegida por palavra passe. A palavra passe é criada no mínimo, com o nível de segurança exigida pela RCM n.41/2018. A cada escola/agrupamento corresponde no mínimo uma palavra passe específica, que não pode estar registada de forma textual base de dados, ou ficheiros de configuração textual.” (sublinhados nossos ao número 9 da cláusula de dados pessoais presente no anexo caderno de encargos)

A segurança dos dados apresenta-se como fundamental no RGPD e este veio impor regras mais exigentes para a segurança dos dados.

O artigo 32.º define o que tem de ser seguido no que à segurança do tratamento diz respeito, obrigando, consequentemente, os responsáveis pelo tratamento e sub-contratantes a implementar as tais “medidas técnicas e organizativas adequadas”, tendo sempre presente “as técnicas mais avançadas, os custos de aplicação e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento, bem

¹⁵⁰ O RGPD dá-nos como exemplos a pseudonimização e a minimização.

¹⁵¹ O procedimento é preparado desde o início, por defeito, para não ser disponibilizado a um número indeterminado de pessoas.

como os riscos, de probabilidade e gravidade variável, para os direitos e liberdades das pessoas singulares”.

“Os ambientes de desenvolvimento e qualidade e equiparados não podem ter dados pessoais reais.” – obrigação imposta ao sub-contratante e presente no número 7 da cláusula de dados pessoais.

Para além da pseudonimização e a minimização, uma outra medida de segurança¹⁵² é, como se verifica, o mascaramento de dados, essencialmente em ambientes não produtivos ou de investigação e desenvolvimento, em que os dados são alterados de forma definitiva para permitir o seu tratamento sem que seja colocada em risco a confidencialidade dos mesmos.

A acrescentar a estas importantes e cruciais medidas de segurança, os responsáveis pelo tratamento, e no caso que tem vindo a ser estudado, os sub-contratantes, devem adoptar regras internas que abranjam princípios de segurança e de boas práticas.

Assim, devem ser implementados os requisitos técnicos mínimos das redes e sistemas de informação que constam do anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2018, de 28 de março¹⁵³, até 1.10.2019; deve ser instituído um processo para testar, apreciar e avaliar regularmente a eficácia das medidas técnicas e organizativas, de modo a garantir a segurança do tratamento; devem ser reavaliadas as permissões de acesso a dados pessoais, sendo apenas dadas a quem necessita efectivamente de ter acesso aos mesmos para o desempenho das suas funções¹⁵⁴; deve ser assegurada formação a quem procede ao tratamento de dados pessoais¹⁵⁵; devem ser implementadas medidas de segurança dos dados pessoais

¹⁵² Ao avaliar os níveis de segurança adequados, o responsável pelo tratamento ou o sub-contratante devem ter em conta os riscos apresentados pelo tratamento, bem como, a divulgação ou o acesso não autorizado de dados pessoais transmitidos.

¹⁵³ Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/114937034/details/maximized>.

¹⁵⁴ “O Adjudicatário obriga-se a manter os dados pessoais a que tenha acesso estritamente confidenciais, sendo responsável pela confidencialidade e utilização dos dados pessoais por parte dos respectivos trabalhadores, colaboradores ou seus sub-contratados.” - número 5 da cláusula de dados pessoais constante do *supra* referido caderno de encargos.

¹⁵⁵ “O Adjudicatário deve assegurar que as pessoas autorizadas a processar ou aceder a dados pessoais, ao abrigo de intervenções técnicas ou qualquer tipo de manutenção e ao abrigo deste contrato recebem a formação necessária na protecção de dados pessoais.” - número 4 da já aqui mencionada cláusula.

quando estes se encontrem em suporte físico, v.g., dossiers ou pastas, que devem ser guardados em armários fechados à chave.

IX. Do *processor* do E360 ao *controller*

Não tendo a pretensão de sermos absolutamente exaustivos no elencar das áreas de risco potencial de colisão com o exigido pelo RGPD, gostaríamos de tentar identificar na Escola, aquelas que serão as principais preocupações e necessidades, tanto de revisão como de formação.

A Escola é, para além da dúvida, uma organização que tem acesso, gere e por vezes, produz, dados sensíveis e pessoais.

Arriscamos neste ponto referir que, de acordo com a diferenciação realizada anteriormente, o Ministério da Educação e Ciência (MEC) poderia ser entendido como o *controller* dos dados de todos os profissionais e *clientes* que com ele se relacionam e ou dele dependem, ficando como o responsável pela cumprimento e fiscalização desse cumprimento do RGPD, sendo a Escola um *sub-contratante* ou *processor*, no sentido que lhe é dado pelo número 8 do artigo 4.º do Regulamento que coloca, relativamente à circulação desses dados, novos desafios a essas organizações.

No entanto, e considerando que a Escola é a entidade responsável pelo controlo, e tratamento regular e sistemático de dados sensíveis, ela terá de *ascender* à categoria de *controller*.

É para já evidente que os dados pessoais e sensíveis já não são compreendidos apenas como um *direito do homem*, mas também como um “*corporate risk*”, cujo incumprimento pode fazer incorrer as organizações em pesadas coimas. O desafio que se coloca às Escolas é o de implementar as medidas necessárias para estarem em conformidade com as novas regras do Regulamento.

Neste sentido, o ponto de partida deverá ser uniforme e surgirá da necessidade de saber o que se passa e como se processa e lida com os dados pessoais que cada organização detém e a partir daí construir um plano de actividades e de acção, com o estabelecimento de prioridades. Por outras palavras, será necessário fazer um levantamento dos processos, rever práticas, sensibilizar e formar trabalhadores; a este propósito a figura até hoje inexistente do responsável pela proteção de dados, dispersa por um conjunto de interlocutores que lidam no seu dia-a-dia com dados

personais e, muito provavelmente, implementar novos procedimentos com prazos legais e razoáveis de implementação.

A Escola, no âmbito da sua actividade educativa, procede ao tratamento de dados pessoais de crianças. Ora, o Regulamento presta especial atenção às crianças e contém previsões específicas, quer nos considerandos, quer no seu corpo principal, relativas a menores, precisamente porque o legislador compreende que as crianças são “pessoas singulares vulneráveis” e, por essa razão, os tratamentos que incidem sobre dados de crianças devem ser rodeados de especiais cuidados, recaindo sobre o responsável pelo tratamento, adoptar as medidas técnicas e organizativas adequadas a minimizar os riscos que tais tratamentos possam representar para estes titulares.

Podemos identificar duas áreas de particular sensibilidade e que não podemos deixar de salientar. Referimo-nos em concreto ao tratamento de dados de saúde que na terminologia do Regulamento cai na *categoria de dados especiais* e de imagem, muito facilitada hoje pelas novas tecnologias de informação e de comunicação com que a Escola terá forçosamente de lidar.

Ambos, de acordo com o número 1 do artigo 4.º do Regulamento, caem na definição de dados pessoais,¹⁵⁶ exigindo consentimento que se manifeste, em caso de se tratar de menores, de forma livre, específica, informada e explícita, por parte do respetivo encarregado de educação.

Concretamente em relação a dados de saúde, e muito embora não seja essa a principal actividade da Escola, requerem sem dúvida dado o carácter especial da sua categoria, a observância de um conjunto de procedimentos prudenciais de forma a garantir o respeito pela sua protecção. (Vide a este propósito o art.º 9.º do RGPD) Deverá naturalmente a Escola garantir que estes dados são tratados de modo profissional, preferencialmente por profissionais de saúde, tendo especial cautela aquando dos seus registos em sistemas informáticos onde a possível

¹⁵⁶ Nunca é demais recordar: “(...)informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificados por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular” – número 1 do artigo 4.º do RGPD.

confusão ou mistura com dados de natureza administrativa, são um potencial risco a exigir definição de procedimentos e diversos níveis ou perfis de acesso.

Resulta que a resposta à pergunta (Vide a este propósito o Regulamento no seu art.º 37.º) se a Escola é ou não obrigada a nomear um EPD é, apesar de tudo, sim.

Sendo ainda esperado que venham a ser cabalmente definidas quais as actividades em que se torna obrigatório nomear um EPD, a Escola é uma entidade pública que trata de dados sensíveis, pelo que é altamente recomendável a nomeação e a garantia de autonomia face à direcção que deverá empenhar-se de forma clara e não ambígua com uma política de protecção dos dados dos seus principais clientes.

Podemos então, uma vez mais sem a pretensão de ser absolutamente exaustivos, elencar uma série de pontos em que, previsivelmente, a Escola terá de focar a sua atenção:

- Aspectos Gerais do tratamento de dados pessoais;
- Categorias de dados e finalidades de tratamento;
- Informação prestada aos titulares dos dados;
- Legitimidade para o tratamento e transmissão dos dados;
- Formação e Sensibilização para matérias de protecção de dados;
- Exercício dos direitos dos titulares dos dados;
- Políticas de Segurança de informação com mapeamento dos dados por finalidades de tratamento.

Seguidamente permitimo-nos deixar uma série de recomendações que terão a bondade de servir como guia de acção de uma análise que, cada Escola, terá internamente de realizar, dado o impacto do RGPD, na sua organização:

- Proceder a uma Avaliação de Impacto do RGPD sobre o tratamento de dados pessoais que realiza no âmbito da sua missão;
- Proceder à nomeação, de um Encarregado de Protecção de Dados;

- Proceder à definição de uma Política de Tratamento e Protecção de Dados de forma a regular, sistematizar e uniformizar os diferentes tipos de tratamento de dados;
- Recomenda-se a não utilização dos dados para finalidades diferentes das que foram definidas na origem da sua elaboração;
- Recomenda-se a identificação dos trabalhadores que acedem e procedem ao tratamento de dados pessoais e a sua sensibilização para esta temática;
- Recomenda-se planear e ministrar acções de formação sobre princípios gerais de tratamento de dados pessoais como deveres de sigilo, de práticas de segurança de informação assim como de gestão de incidentes;
- Recomenda-se rever os seus regulamentos, para a recolha de consentimento, assim como prestar o dever de informação no âmbito do tratamento de dados relativo à educação obtendo, quando necessário, consentimento expresso, livre e sem ambiguidades dos Encarregados de Educação.

Em relação a este último ponto que será, em nosso entender, decisivo para prevenir um possível aumento de conflitualidade e de problemas para a organização Escola, deixamos uma proposta concreta do que poderá ser uma *Informação de Privacidade e de Consentimento Informado*, centrada naquilo que são, por excelência, os dados sensíveis com que organização tem de lidar.

INFORMAÇÃO DE PRIVACIDADE E CONSENTIMENTO INFORMADO

O presente documento visa informar os alunos e os encarregados de educação da forma como são tratados os seus dados e recolher consentimento para as finalidades que dele necessitem.

RESPONSÁVEL PELO TRATAMENTO _____ com sede na _____

ENCARREGADO DE PROTECÇÃO DE DADOS - A Escola nomeou um encarregado de protecção de dados que pode ser contactado através do _____

DADOS RECOLHIDOS Os constantes deste formulário, recolhidos no processo de candidatura, bem como dos formulários preenchidos na secretaria

FUNDAMENTOS E FINALIDADES

1. Ao abrigo do Contrato de prestação de serviços educativos os dados pessoais são tratados para:

- *Prestação de serviços educativos;*
- *Participação em actividades complementares;*
- *Gestão e processamento do percurso escolar do aluno/a;*
- *Tratamento de informação no âmbito da plataforma escolar*
- *Participação em eventos organizadas pela escola;*
- *Participação em projectos e protocolos pedagógicos com terceiros;*
- *Organização de viagens, transporte escolar e excursões;*
- *Gestão de perdidos e achados.*

2. Para cumprimento de obrigações legais tratamos os seus dados pessoais para:

- *Activação do seguro escolar e do seguro de acidentes pessoais;*
- *Efectuar comunicações ao Ministério da Educação;*
- *Realizar comunicações à Segurança Social;*
- *Cumprimento de outras obrigações legais decorrentes da actividade desenvolvida pela Escola*

3. Por razões de interesse legítimo tratamos os seus dados para:

- *Controlo da segurança de pessoas e bens, através de utilização de videovigilância e de controlo de acessos;*
- *Gestão de reclamações;*
- *Envio de inquéritos de satisfação.*

4. Para defesa de interesses vitais tratamos os seus dados em caso de:

- *Prestar cuidados de saúde inadiáveis;*
- *Partilha de informação com profissionais de saúde.*

5. Necessitamos do seu consentimento que iremos recolher, mais abaixo, neste impresso para:

- *Tratamento dos dados de saúde do seu educando relativamente a alergias e hábitos alimentares, necessidades medicamentosas e a outros dados relacionados com a saúde;*
- *Captação e tratamento de som e imagem durante actividades, eventos e espetáculos.*

COMUNICAÇÃO DE DADOS

- *Seguradoras, no âmbito e para a finalidade de contratação de seguros;*
- *Entidades e autoridades a quem os dados pessoais devam ser comunicados por força de obrigação legal;*
- *Instituições financeiras para efeitos de processamento de pagamentos;*
- *Entidades turísticas no âmbito da organização de eventos;*
- *Federações Desportivas;*
- *Editoras escolares;*
- *Entidades com que a Escola tenha celebrado protocolos no âmbito da actividade escolar;*
- *Associação de Antigos Alunos (quando exista)*
- *Sub-contratantes, quando for necessário que uma entidade trate dados por conta da Escola e de acordo com as instruções por esta fornecidas.*

PRAZO DE CONSERVAÇÃO DOS DADOS

A Escola conserva os dados apenas durante o período necessário à execução das finalidades a que os mesmos se destinam e ao cumprimento das suas obrigações legais, sem prejuízo de tal prazo se estender pelo tempo de duração de eventual processo judicial e até ao limite de seis meses após o trânsito em julgado da respectiva sentença.

DIREITOS DOS TITULARES DOS DADOS PESSOAIS

Nos termos da Lei de Protecção de Dados Pessoais, é garantido o direito de acesso, actualização, rectificação, eliminação, portabilidade, limitação e apagamento dos seus dados pessoais. Assiste-lhe ainda o direito de apresentar reclamações perante a

Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd). O exercício destes direitos deverá ser realizado através do seguinte endereço de correio electrónico, _____ ou da morada _____.

CONSENTIMENTO INFORMADO

Para as finalidades a seguir listadas necessitamos do seu consentimento. Este consentimento nunca é obrigatório, não compromete a prestação dos serviços educativos e poderá ser retirado a qualquer momento dirigindo uma comunicação para o _____, ou para a morada _____.

Tratamento de categoria especial de dados

Autorizo a Escola a proceder ao tratamento dos dados de saúde do meu educando relativamente a alergias e hábitos alimentares, necessidades medicamentosas e a outros dados relacionados com a saúde. Sim ---- Não ----

Tratamento de Imagem e Som

Autorizo a Escola a utilizar as fotografias/imagens, do(a) meu/minha filho(a) ou representado legal, captadas por qualquer meio, tanto em suporte papel como em suporte electrónico ou meios audiovisuais, com fins publicitários, comerciais ou de natureza análoga relativamente às instalações e actividades ou eventos realizados, podendo ser incorporadas nas páginas web corporativas, perfis sociais da Escola. Sim---- Não----

Não obstante, informamos que faz parte do modelo educativo da Escola a participação dos alunos em eventos públicos, abertos a toda a comunidade educativa, incluindo amigos e familiares, bem como a sua divulgação, sendo impossível evitar a recolha de imagem e som, por terceiros ou pela Escola, nesses eventos. Esclarecemos, contudo, que a Escola privilegiará fotografias de grupo, evitando-se o uso de planos mais explícitos dos alunos.

Os interessados poderão exercer os seus direitos de acesso, rectificação, cancelamento, oposição e portabilidade através dos contactos indicados supra. É ainda conferido o direito de apresentar reclamação perante a CNPD.

Lisboa, -----Assinatura do pai, mãe ou encarregado de educação

Conclusão

Aqui chegados e se algum mérito de clareza de análise e de sistematização do que são as exigências do novo RGPD para a Administração Pública e concretamente para a Escola, assiste a este Relatório de Estágio de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, pouco mais haverá a acrescentar.

Importa contudo sublinhar a ligação que se construiu entre a área da contratação pública e a área da protecção de dados, bem patente nas cláusulas do contrato analisado e bem evidente como uma preocupação que não desaparecerá nos próximos tempos desta nossa sociedade, em vertiginosa evolução tecnológica a que as redes 5G, trarão uma capacidade de gestão, acesso e domínio, aos dias de hoje ainda difícil de compreender e antever pelos não especialistas, e onde um cada vez maior volume de informação e imensidão de dados (Big Data), será objeto e alvo da *Inteligência Artificial*, da *Internet das Coisas*, das *Redes Sociais*, dos *Websites*.

À lei cabe definir as condições aplicáveis, repetimo-nos. Mas é também verdade que tudo o que for tecnicamente viável haverá de ser, em algum tempo e em algum lugar tentado, tantas e tantas vezes ao arrepio de conceitos de justiça, equidade ou reserva da vida privada.

Por mais que se verifique que a imposição de sanções é condição para o respeito e para a observância das regras estabelecidas no RGPD, e que caiba aos Estados-Membros, alargar e estabelecer regras relativas a outras sanções, aplicáveis em caso de violação, e que haja como que uma alteração de paradigma expresso na aparente transformação ou transposição dos dados pessoais como um «Direito do Homem» para um «Corporate Risk», talvez que os dados pessoais e os dados sensíveis, de que a Biometria é um exemplo, nunca tenham estado tão em risco.

Cabe à lei, ao legislador e ao Direito promover a capacidade e a necessidade do cidadão dar o seu consentimento *informado*, ser esclarecido e ter garantias da

finalidade da recolha e utilização dos seus dados pessoais, para de algum modo preservar a sua protecção.

A Escola será, sem sombra de dúvida, um dos palcos onde futuramente um sem número de dados pessoais e sensíveis, serão tratados e exigirão prudência, equilíbrio, justiça e transparência no tratamento. Recordamos que o Regulamento presta especial atenção àqueles que considera “*personas singulares vulneráveis*”, devendo o responsável, no caso da Escola Pública, o Estado, adoptar o conjunto de medidas técnicas e organizativas que se afigurem como adequadas e em tempo útil, para minimizar senão puder extinguir, os riscos que impendem sobre essas pessoas sob sua responsabilidade e dever de protecção.

Recordamos que a Escola é o local onde a recolha, análise e tratamento de informação permitem e dão origem, nomeadamente através daquela que é uma das suas actividades por excelência, a Avaliação, à possibilidade de juízos reputacionais e ampliativos acerca de um indivíduo. A Escola é também necessariamente, e fruto da exigência relativa a esta actividade, lugar que se exige de partilha, de transparência, de conhecimento entre as capacidades e realizações de um e de outro, de uns face a outros que, face a face, e dadas as mesmas condições que a Escola oferece, são avaliados e melhor ou pior certificados.

A preservação da imagem e a recolha de dados de saúde, dado o seu carácter especial, requerem um conjunto de procedimentos por forma a garantir o sucesso da sua reserva, ficando a exigir um esforço efectivo no levantamento de processos e revisão de práticas, aliadas a uma evidente necessidade de formação daqueles que terão acesso a todos esses dados sensíveis, com destaque natural para a figura institucional do Encarregado pela Protecção de Dados.

Identificar e mitigar riscos no duplo respeito por aquilo que é inalienável, para um Estado de Direito Europeu, democrático e ocidental, a saber, o direito à privacidade, à reserva de imagem e dos dados pessoais de cada indivíduo, tomado como cidadão de pleno direito, e a efectiva capacidade de gestão e de defesa dos interesses desse mesmo Estado de Direito, capaz de decisões informadas, é um debate do presente, será um debate do futuro.

Parece-nos evidente que o Estado, a Administração Pública e a Escola, naquela que é a sua acção directa, terão sempre forçosamente de gerir dados pessoais de pessoas singulares, temperando a protecção desses dados, e tendo em conta a função que cada um ocupa, em diferentes momentos da sua vida, com outros direitos fundamentais como os da igualdade, segurança e soberania.

Aqui termina este nosso esforço de análise e de sistematização. Julgamos ter conseguido a bondade de um levantamento de áreas de risco e de recomendações de carácter efectivo que possibilitem mitigar os impactos do RGPD, que surge como uma resposta europeia ao impacto que as tecnologias de informação e comunicação têm e terão, cada vez mais no nosso dia-a-dia, na esfera da nossa privacidade e na ação do Estado.

Definitivamente ao Estado Europeu Democrático, exige-se o exemplo, exige-se a salvaguarda, exige-se a procura do equilíbrio ou do *Justo Meio* helénico que, como dado de identidade cultural e civilizacional, importa preservar.

Bibliografia

- ANA FAZENDEIRO, *Regulamento Geral sobre Protecção de Dados*, 3.^a ed., Coimbra, 2018
- CARLOS VAZ ALMEIDA/ FRANCISCO BESSA DE CARVALHO/ DIANA SANTIAGO DAS NEVES, O artigo 113.º, nº2 do Código dos Contratos Públicos: novo regime, nova era, in *Revista Electrónica de Direito Público*, 2018
Acessível em: <https://e-publica.pt/volumes/v4n3/pdf/Vol.4-N%C2%BA3-Art.06.pdf>.
- JOÃO FILIPE GRAÇA, A escolha dos procedimentos pré-contratuais no Código dos Contratos Públicos revisto, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018
- JOÃO MARQUES, *Responsabilidade Conjunta*, Novembro de 2018
Disponível em:
https://www.cnpd.pt/bin/revistaforum/forum2018_5/98/index.html
- JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Legislador Português. Precisa-se. Algumas notas sobre o regime sancionatório no Regulamento Geral de Protecção de Dados*, Julho de 2017
Disponível em
https://www.cnpd.pt/bin/revistaforum/forum2017_1/files/assets/basic-html/page-40.html.
- JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁCHEZ, *Comentários ao Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Sérvulo, 2016
Acessível em:
http://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojecto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf.
- MARIA JOÃO ESTORNIHO, *Apreciação crítica à alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos*, *Contratação Pública*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018

Disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublica2018.pdf.

- MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018
- MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurais*, 2011
Disponível em:
http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Bibliografia/os_principios_juridicos_dos_procedimentos_concurais.pdf.pdf
- NUNO SALDANHA, *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Lisboa, 2018
- RICARDO BRANCO, *A revisão do CCP e os princípios jurídicos gerais em matéria de formação dos contratos públicos*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018
- RUI MEDEIROS, *Stress test à revisão do CCP*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018
- VASCO MOURA RAMOS, *Consulta Prévia*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.a ed, Lisboa, 2018

Anexo I

CADERNO DE ENCARGOS

CLÁUSULA 6.ª DADOS PESSOAIS

1. O Adjudicatário acede e procede ao tratamento dos dados pessoais necessários à prestação dos serviços objeto do presente contrato e exclusivamente para esse fim, na medida, por conta e de acordo com as instruções da Entidade Adjudicante, nomeadamente do Encarregado da Proteção de Dados (EPD/DPO), das autorizações emitidas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados, e nos termos da legislação aplicável à proteção de dados pessoais, assegurando antecipadamente o cumprimento das obrigações previstas no Regulamento Geral da Proteção de Dados (RGPD), REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de abril de 2016, pelo Adjudicatário.
2. O Adjudicatário deve ainda ter em consideração o disposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2018, de 22 de março, no que se refere às medidas técnicas a implementar.
3. O adjudicatário comunica, no prazo de 24 horas a contar da data de outorga de contrato, à entidade adjudicante a informação relativa ao seu Data Protection Officer (Encarregado de Proteção de Dados), designadamente o contacto telefónico e o endereço de correio eletrónico e que se encontre registado na autoridade de controlo nacional (CNPD). Antes do início dos trabalhos deve o/a (EPD/DPO) do Adjudicatário, contactar com o EPD/DPO da entidade adjudicante, de forma a estabelecer a forma de comprovação do cumprimento do RGPD, de acordo com as cláusulas contratuais, relativas aos dados pessoais.
4. O Adjudicatário deve assegurar que as pessoas autorizadas a processar ou aceder a dados pessoais, ao abrigo de intervenções técnicas ou qualquer tipo de manutenção e ao abrigo deste contrato recebem a formação necessária na proteção de dados pessoais.
5. O Adjudicatário obriga-se a manter os dados pessoais a que tenha acesso estritamente confidenciais, sendo responsável pela confidencialidade e utilização dos dados pessoais por parte dos respetivos trabalhadores, colaboradores ou seus subcontratados.
6. O Adjudicatário e os seus subcontratados, obrigam-se a tomar em consideração, no que diz respeito às suas ferramentas, produtos, aplicações ou serviços, os princípios da proteção de dados desde o início (Privacy by design) e a proteção de dados por padrão (Privacy by default).
7. Os ambientes de desenvolvimento e qualidade e equiparados não podem ter dados pessoais reais. Devem ser utilizadas técnicas de geração de dados sintéticos pelo menos nas seguintes variáveis chave de privacidade: nome e apelido, data de nascimento, nacionalidade, naturalidade, código, número de identificação fiscal, BI, NSS, CC, entre outros e incluindo todos os elementos disponibilizados pelo cartão de cidadão. As técnicas e resultados devem ser disponibilizados previamente ao EPD/DPO da DGEEC para parecer prévio, não sendo aceites cópias totais ou parciais a partir de sistemas de produção, nos ambientes referidos.

8. O adjudicatário previamente ao início dos trabalhos, deve demonstrar que cumpre o RGPD, através da entrega de elementos de prova ao EPD da DGEEC, nomeadamente a Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) relativamente ao contrato em questão. A AIPD deverá ser assinada pelo responsável máximo do adjudicatário e com o parecer fundamentado do seu EPD/DPO. A AIPD elaborada pelo adjudicatário deverá incluir obrigatoriamente os requisitos de análise de risco e medidas de mitigação, tendo como mínimo a análise requerida pela autoridade nacional de controlo (CNPD), através das orientações “Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento é «suscetível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679”, elaborada pelo Grupo de trabalho do artigo 29º para a proteção de dados., adotada em 4 de abril de 2017 e revistas e anotadas em 4 de outubro de 2017.

9. No caso de elaboração de relatórios que contenham dados de natureza pessoal ou altamente pessoal, para disponibilização ou para a integração com sistemas externos e descarregamento em ficheiro compatível com folha de cálculo, devem os ficheiros a transferir em qualquer formato, ser disponibilizados de forma encriptada e protegida por palavra passe. A palavra passe é criada no mínimo, com o nível de segurança exigida pela RCM n.41/2018. A cada escola/agrupamento corresponde no mínimo uma palavra passe específica, que não pode estar registada de forma textual base de dados, ou ficheiros de configuração textual.

10. Se quaisquer dados se perderem ou forem danificados, cuja responsabilidade seja atribuível ao Adjudicatário durante a execução do contrato, seja qual for a causa, este compromete-se a adotar as medidas que forem necessárias com vista à recuperação dos dados, sem quaisquer custos adicionais para a Entidade Adjudicante.

11. O Adjudicatário deve notificar a Entidade Adjudicante de qualquer violação de dados pessoais dentro de um máximo de 24 (vinte e quatro) horas após ter conhecimento e pelos seguintes meios: mensagem de correio eletrónico para o endereço protecao.dados@dgeec.mec.pt colocando em cc: dgeec@dgeec.mec.pt .

12. Esta notificação deve ser acompanhada de todos os elementos relevantes, a fim de permitir ao responsável pelo tratamento, se necessário, notificar essa violação à autoridade de controlo. Após acordo do responsável pelo tratamento de dados, o Adjudicatário deve notificar de imediato a Entidade Adjudicante, a menos que a violação em questão não seja suscetível de criar um risco para os direitos e liberdades de pessoas singulares.

13. A notificação contém pelo menos as seguintes indicações:

a. Uma descrição da natureza da violação de dados pessoais, incluindo, sempre que possível, as categorias e o número aproximado de pessoas em causa pela violação e as categorias e o número aproximado de registos de dados pessoais em questão;

b. O nome e os dados de contacto do responsável pela proteção de dados ou outro ponto de contacto a partir do qual informações adicionais podem ser obtidas por parte do Adjudicatário; uma descrição das consequências prováveis da violação de dados pessoais; uma descrição das medidas tomadas ou propostas pelo Adjudicatário para remediar a violação de dados pessoais, incluindo, se for caso disso, medidas para mitigar quaisquer consequências negativas;

c. Se, e na medida em que não é possível fornecer todas essas informações ao mesmo tempo, as informações podem ser comunicadas de forma escalonada sem atrasos indevidos.

14. O Adjudicatário compromete-se a implementar as seguintes medidas de segurança de acordo com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2018, de 22 março:

a. A utilização de criptografia nos dados pessoais e utilizar os meios necessários para garantir a continuidade da confidencialidade, integridade, disponibilidade e resiliência dos sistemas;

b. Aplicar os meios para restaurar a disponibilidade de dados pessoais e aceder em tempo útil em caso de incidente físico ou técnico; utilizar um ou mais procedimentos para testar, analisar e avaliar regularmente a eficácia das medidas técnicas e organizacionais para garantir a segurança do tratamento;

c. O Adjudicatário não pode fazer cópias dos documentos e meios informáticos que lhe sejam confiados, com exceção dos necessários à prestação do serviço estipulado no contrato (exigirá a aprovação prévia do responsável da Entidade Adjudicante pelo tratamento de dados);

d. O Adjudicatário não deve utilizar os documentos e informações processados para fins diferentes dos especificados neste contrato; não divulgar esses documentos ou essas informações a outras pessoas, sejam elas públicas ou privadas; tomar todas as medidas para evitar o uso impróprio ou fraudulento dos arquivos, de computador independentemente do seu formato no decorrer da execução do contrato; tomar todas as medidas de segurança, especificamente medidas de segurança física, para assegurar a preservação e integridade dos documentos e informações processados durante o período de vigência deste contrato;

e. O Adjudicatário compromete-se a implementar as medidas de segurança previstas no código de conduta e política de privacidade da Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência.

15. O Adjudicatário obriga-se a ressarcir a Entidade Adjudicante por todos os prejuízos em que esta venha a incorrer em virtude da utilização ilegal e/ou ilícita dos dados referidos, nomeadamente por indemnizações e despesas em que tenha incorrido na sequência de reclamações ou processos propostos pelos titulares dos dados contra a Entidade Adjudicante, bem como por taxas, coimas e multas que tenha de pagar.

16. A Entidade Adjudicante compromete-se a:

a. Fornecer ao Adjudicatário quaisquer instruções relativas ao tratamento dos dados pelo Adjudicatário em caso de pedido de esclarecimento;

b. Supervisionar o tratamento, incluindo a realização de auditorias e inspeções junto ao Adjudicatário.

Anexo II

CONVITE

Aquisição de serviços de formação: Aplicação Escola 360

Procedimento n.º 2019/044/DGEEC/ADM CPV 80533100-0 Serviços de formação em matéria de informática

Março de 2019

1. ÓRGÃO COMPETENTE PARA A DECISÃO DE CONTRATAR E ENTIDADE ADJUDICANTE

- a) Por despacho da Diretora-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência, ao abrigo das competências próprias, foi aberto o procedimento com vista à aquisição de serviços de formação Aplicação Escola 360.
- b) O presente procedimento pré-contratual é conduzido pela Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência (DGEEC).
- c) Caberá à Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência a execução do contrato a celebrar após a decisão de adjudicação.

2. ESCOLHA DO PROCEDIMENTO

O procedimento acima identificado foi aberto nos termos da subalínea ii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos.

3. OBJETO DO CONVITE

O presente Convite disciplina a formação do contrato que tem por objeto a aquisição de serviços de formação para capacitação de formadores da Aplicação Escola 360 – Sistema integrado de gestão dos processos de aluno desde a educação pré-escolar ao ensino secundário do projeto Escola 360.

4. ESCLARECIMENTOS E RETIFICAÇÕES

- a) Os esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento devem ser solicitados, por escrito, através da plataforma eletrónica de compras públicas acinGov (“Plataforma acinGov”), até às 23:59 horas do 1.º (primeiro) dia após a publicação do procedimento na “Plataforma acinGov”.
- b) No mesmo prazo mencionado na alínea anterior, os interessados podem apresentar, à Entidade Adjudicante, através da “Plataforma acinGov”, uma lista na qual identifiquem, expressa e inequivocamente, os erros e as omissões detetados nas peças do procedimento, com exceção dos referidos na alínea d) do n.º 2 do artigo 50.º do Código dos Contratos Públicos e daqueles que por eles apenas possam vir a ser detetados na fase de execução do contrato, atuando com a diligência objetivamente exigível em face das circunstâncias concretas.

c) Os esclarecimentos, as retificações e as listas com a identificação dos erros e omissões detetados pelos interessados serão disponibilizados na “Plataforma acinGov” e juntos às peças do procedimento que se encontrem patentes para consulta, e notificados imediatamente a todos os interessados.

d) Até às 23:759 horas do 2.º (segundo) dia após a publicação do procedimento na “Plataforma acinGov”: I. O responsável presta os esclarecimentos solicitados; II. O órgão competente para a decisão de contratar, pronuncia-se sobre os erros e omissões apresentados pelos interessados, considerando-se rejeitados todos os que não sejam expressamente aceites até ao final daquele prazo, nos termos da alínea b), do n.º 5 do artigo 50.º do Código dos Contratos Públicos.

e) A falta de resposta, até à data indicada na alínea d), a pedidos de esclarecimento apresentados nos termos da alínea a), justifica a prorrogação, no mínimo, pelo período correspondente ao atraso verificado, do prazo fixado para a apresentação de propostas.

f) Caso a aceitação de erros ou de omissões das peças do procedimento implique a alteração de aspetos fundamentais das peças do procedimento, o prazo fixado para a apresentação de propostas será prorrogado, no mínimo, por período equivalente ao tempo decorrido desde o início daquele prazo até à publicitação da decisão de aceitação de erros e omissões, nos termos do n.º 2 do artigo 64.º, sendo esta decisão de prorrogação publicitada nos termos do n.º 4 do artigo 64.º, ambos do Código dos Contratos Públicos.

g) Sem prejuízo do disposto no artigo 64.º do Código dos Contratos Públicos, o órgão que tomou a decisão de contratar procede à retificação de erros ou omissões das peças do procedimento, nos termos e prazos previstos nas alíneas anteriores, ou até ao final do prazo de entrega das propostas.

h) A prorrogação do prazo de apresentação das propostas aproveita a todos os interessados.

i) A decisão prevista na subalínea ii) da alínea d), bem como os esclarecimentos apresentados, são publicitados na “Plataforma acinGov” e junto às peças do procedimento, que se encontrem patentes para consulta, prevalecendo sobre estas, sendo todos os interessados imediatamente notificados desse facto.

5. DOCUMENTOS DA PROPOSTA

A proposta deve ser constituída pelos seguintes documentos:

a) Declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I ao Código dos Contratos Públicos, conforme o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º também do Código dos Contratos Públicos.

b) Documento da proposta elaborado de acordo com o modelo constante do Anexo II ao presente Convite.

c) A apresentação dos documentos previstos nas alíneas anteriores deve obedecer, nomeadamente, ao disposto nos n.os 3 a 5 do artigo 57.º, do Código dos Contratos Públicos e na Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

6. PROPOSTAS CONDICIONADAS E VARIANTES

Não é admitida a apresentação de propostas condicionadas ou variantes.

7. PRAZO E FORMA DE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS

- a) A proposta deve ser apresentada até às 23:59 horas do 3.º (terceiro) dia após a publicação na “Plataforma acinGov”.
- b) A apresentação da proposta deve ser realizada exclusivamente de forma eletrónica, podendo o concorrente: i) Em caso de dificuldade em aceder e utilizar a “Plataforma acinGov”, contactar o Apoio Técnico através do n.º 707 451 451 ou do e-mail apoio@acingov.pt, disponíveis nos dias úteis, das 08:00 horas às 24:00 horas; ii) Em caso de necessidade, para a utilização da “Plataforma acinGov”, utilizar os meios informáticos necessários para a apresentação da proposta em formato eletrónico, que a Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência disponibiliza nas suas instalações.
- c) Todos e quaisquer documentos carregados na “Plataforma acinGov” devem ser assinados eletronicamente, mediante a utilização de certificados de assinatura eletrónica qualificada, nos termos da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.
- d) A receção da proposta é registada com referência às respetivas data e hora, sendo entregue aos concorrentes, na sua área de acesso exclusivo, um recibo eletrónico comprovativo dessa receção.
- e) Quando, pela sua natureza, qualquer documento dos que constituem a proposta não possa ser apresentado nos termos das alíneas anteriores, deve ser encerrado em invólucro opaco e fechado e observadas as seguintes regras:
 - i) No rosto do invólucro deve ser identificado o procedimento e feita menção à Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência; ii) O invólucro deve ser enviado por correio registado à Entidade Adjudicante, devendo a respetiva receção ocorrer dentro do prazo fixado para a apresentação das propostas; e iii) A receção deve ser registada por referência à respetiva data e hora, sendo disponibilizado ao interessado o respetivo comprovativo.

8. PRAZO DA OBRIGAÇÃO DE MANUTENÇÃO DA PROPOSTA

O prazo da obrigação de manutenção da proposta é de 66 (sessenta e seis) dias.

9. NEGOCIAÇÃO DAS PROPOSTAS

As propostas apresentadas não serão objeto de negociação.

10. DECISÃO DE ADJUDICAÇÃO

Cumpridas as formalidades previstas nos números anteriores, a entidade adjudicante procede à adjudicação da proposta apresentada.

11. NOTIFICAÇÃO DE ADJUDICAÇÃO E DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

- a) Juntamente com a decisão de adjudicação, a Entidade Adjudicante notifica o Adjudicatário para apresentar os documentos de habilitação a que se refere o n.º 1 do artigo 81.º do Código dos Contratos Públicos e do artigo 2.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, e a Certidão Permanente.
- b) A apresentação dos documentos de habilitação é feita no prazo de 2 (dois) dias a contar da notificação para o efeito.

12. MODO DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

- a) O Adjudicatário deve apresentar a reprodução dos documentos de habilitação através da “Plataforma acinGov” ou, no caso de esta se encontrar indisponível, através do endereço de correio eletrónico compras@dgeec.mec.pt.
- b) Quando os documentos de habilitação se encontrem disponíveis na Internet, o Adjudicatário pode, em substituição da sua apresentação, indicar à Entidade Adjudicante o endereço do sítio onde aqueles documentos podem ser consultados, bem como a informação necessária a essa consulta, desde que os referidos sítio e documentos estejam redigidos em língua portuguesa.
- c) Quando o Adjudicatário tenha prestado consentimento, nos termos da Lei, para que a Entidade Adjudicante consulte a informação relativa a qualquer dos documentos de habilitação é dispensada a sua apresentação nos termos da alínea a) ou a indicação prevista na alínea anterior.
- d) Em caso de dúvida sobre o respetivo conteúdo ou autenticidade, o órgão competente para a decisão de contratar pode exigir aos Adjudicatários, em prazo que fixar para o efeito, mas não inferior a 5 (cinco) dias, a apresentação dos originais de quaisquer documentos cuja reprodução tenha sido apresentada nos termos do disposto na alínea a).
- e) No caso de se verificarem irregularidades na apresentação dos documentos de habilitação que possam levar à caducidade da adjudicação nos termos do artigo 86.º do Código dos Contratos Públicos, a Entidade Adjudicante notifica o Adjudicatário para, em prazo não inferior a 5 (cinco) dias, suprir as irregularidades detetadas.

13. CAUÇÃO

Nos termos do artigo 88.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, no presente procedimento não é exigível a prestação de caução.

14. DADOS PESSOAIS

- a) No cumprimento do disposto no Regulamento Geral da Proteção de Dados (RGPD), Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril, é da exclusiva responsabilidade dos interessados ou concorrentes a informação constante nos documentos apresentados por estas, no âmbito do presente procedimento pré-contratual.
- b) Em consequência do disposto na alínea anterior, considera-se que cada interessado ou concorrente autoriza a Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência, no âmbito da tramitação do presente procedimento pré-contratual, a divulgar todos os documentos, exceto os que sejam considerados como classificados, conforme o disposto no Código de Contratos Públicos, com especial enfoque nos artigos 50.º, 72.º, 85.º e 138.º.
- c) No âmbito deste procedimento, a Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência recolhe todos os dados através da “Plataforma acinGov”, considerando-se que todos os interessados ou concorrentes que nela introduzirem dados, conferem autorização para o respetivo armazenamento nessa plataforma.
- d) A Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência não partilha os dados pessoais com entidades externas, a menos que seja obrigado por Lei ou decisão judicial.

e) A Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência envida esforços para proteger as informações pessoais disponibilizadas pelos utilizadores e para assegurar que os dados pessoais serão recolhidos e mantidos em condições de segurança e de forma confidencial.

f) Nos termos da legislação aplicável, é garantido ao utilizador o direito de acesso, retificação e atualização dos seus dados pessoais, de acordo com a entidade responsável pelo seu registo. Os dados são apenas armazenados durante o tempo necessário à prossecução da finalidade, sendo apagados caso essa deixe de existir, no final e de acordo com os tempos de conservação em vigor.

g) Existe limitação de acesso a informação pessoal a pessoas previamente autorizadas pela Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência.

15. DESPESAS

As despesas inerentes à elaboração e à apresentação de proposta(s) e as despesas decorrentes da decisão de adjudicação, constituem encargo da(s) entidade(s) convidada(s), conforme o caso.

16. COMUNICAÇÕES

a) Todas as comunicações, notificações e declarações relacionadas com o procedimento são efetuadas por escrito, através da “Plataforma acinGov”, salvo determinação expressa em contrário pela Entidade Adjudicante.

b) Todas as comunicações, declarações e documentos relacionados com o procedimento são efetuados em português, exceto se outra língua for especificamente determinada, caso a caso, pela Entidade Adjudicante, salvo determinação expressa em contrário pela Entidade Adjudicante.

17. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A todas as matérias que não estiverem especialmente reguladas no Convite, aplica-se o disposto no Código dos Contratos Públicos.

Anexo III

MINUTA DO CONTRATO

Aquisição de serviços de formação para a capacitação de formadores da Aplicação Escola 360

Entre:

A Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência, (...) com poderes para outorgar o presente contrato, e doravante designada por PRIMEIRA OUTORGANTE,

E

Novabase Digital, S.A., (...) doravante designada por SEGUNDA OUTORGANTE.

Em conjunto designados por Partes,

Considerando que:

1. A aquisição dos serviços a que se refere o presente contrato foi adjudicada por despacho da Diretora-Geral da Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência, exarado sobre a INF.052.2019.DSAFRH, ao abrigo de competências próprias, que também aprovou a minuta deste contrato.
2. A despesa prevista, em execução do presente contrato, durante o ano económico em curso, é satisfeita por verba inscrita no projeto 10269, classificação económica D.02.02.20.E0.00, com o cabimento prévio n.º CS41900124 e compromisso n.º CS51900XXX.
3. Nos termos do n.º 2 do artigo 88.º do Código dos Contratos Públicos, não é exigível a prestação de caução no presente contrato.

É celebrado e reciprocamente aceite o presente contrato, o qual se rege pelas seguintes cláusulas:

Cláusula 1.ª

Objecto do contrato

O presente contrato tem por objeto a aquisição de serviços formação para a capacitação de formadores da Aplicação Escola 360.

Cláusula 2.^a

Preço Contratual

1. Pela prestação referida na Cláusula 1.^a, a PRIMEIRA OUTORGANTE pagará à SEGUNDA OUTORGANTE, o preço (...), nos valores e nos termos mencionados na cláusula 16.^a do Caderno de Encargos.

Cláusula 3.^a

Prazo de execução

A execução do contrato deverá ser realizada (...) conforme o disposto no Caderno de Encargos.

Cláusula 4.^a

Gestor do contrato

1. O acompanhamento da execução do contrato em representação da PRIMEIRA OUTORGANTE será realizado pelo Gestor de Contrato com as funções descritas na Cláusula 14.^a do Caderno de Encargos.

2. Para efeitos do número anterior a Primeira Outorgante designa (...), docente em mobilidade estatutária da Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência, como Gestora de Contrato.

3. Em caso de ausência ou impedimento do Gestora identificado no número anterior, a PRIMEIRA OUTORGANTE designa, como seu substituto, (...), docente em mobilidade estatutária na Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência.

Cláusula 5.^a

Início de produção de efeitos do contrato

O presente contrato produz efeitos na data da sua assinatura.

O presente contrato é celebrado em dois exemplares, ficando um na posse da PRIMEIRA OUTORGANTE e outro na posse da SEGUNDA OUTORGANTE.

Feito em Lisboa, aos XX de xxx de 2019,

Em representação da PRIMEIRA OUTORGANTE

_____ XXX (DIRETORA-GERAL)

Em representação DA SEGUNDA OUTORGANTE

_____ XXX (REPRESENTANTE LEGAL)